DIE ALTDEUTSCHE LIEGENSCHAFTSÜBEREIGNUNG VON IHREN ANFÄNGEN BIS ZUM BEGINN DER RECHTSBÜCHERZEIT

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

PETER VOSER

von Brugg und Baden

Genehmigt auf Antrag

von

Herrn Prof. Dr. H. Fehr

1952

DIE ALTDEUTSCHE LIEGENSCHAFTSÜBEREIGNUNG VON IHREN ANFÄNGEN BIS ZUM BEGINN DER RECHTSBÜCHERZEIT

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507222_0057

DIE ALTDEUTSCHE LIEGENSCHAFTSÜBEREIGNUNG VON IHREN ANFÄNGEN BIS ZUM BEGINN DER RECHTSBÜCHERZEIT

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

RIJKSUNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

vorgelegt von

PETER VOSER

von Brugg und Baden

Genehmigt auf Antrag

von

Herrn Prof. Dr. H. Fehr

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 12. Juli 1952.

Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel

MEINEN LIEBEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

Quellenverzeichnis X
Literaturverzeichnis XI
Vorwort XV

Erstes Kapitel
Die Urform der germanischen Liegenschafts-Veräusserung

§ 1 Ueberblick 1
§ 2 Die letztwillige Vergabung von Grundstücken 5
§ 3 Die Ausbildung des Liegenschafts-veräusserungsgeschäfts 8

Zweites Kapitel
Die rechtliche Qualifikation der Bestandteile des Liegenschaftsgeschäftes.

I. Der Verfügungsakt

§ 4 Die herrschende Lehre und ihre Kritik . . 18
§ 5 Die Investitur als rechtsgeschäftliche Sachtradition 23
§ 6 Das Obligatorium der Investitur
1. Allgemeine Bemerkungen 30
2. Die Investiturbürgen 31
3. Besondere Deutungen des Obligatoriums der Investitur 37
§ 7 Der Drittverkauf 38

II. Das Verpflichtungsgeschäft

§ 8 Die Erscheinungsform der Sala 39

A. Der Symbolismus der Sala
a) Die festuca als typisches Salasymbol . 40
b) Die festuca als Sachsymbol? . . . 42
c) Die Symbolhandlung 45
d) Die Bedeutung der festuca im Formalismus des Liegenschaftsgeschäftes . . 46

B. Der Wortlaut der Urkunden
a) Die dispositiven Formulierungen . . 50
b) Der Inhalt der Sala-Abrede . . . 55

§ 9 Die Unvererblichkeit der Investiturschuld
a) Ueberblick 57
b) Die Schenkung mit Rückgewähr . . 59
c) Die Vergabung extra comitatem . . 67
d) Das Wartrecht 69

§ 10 Die Stellung der Sala innerhalb des germanischen Obligationenrechts
1. Allgemeines 69
2. Die fides facta 71
3. Die Wette 76
4. Das Verhältnis der Sala zu fides facta und Wette 83

III. Das nordische Recht 85

Drittes Kapitel

Die Lösung des Liegenschaftsgeschäfts vom Grundstück

§ 11 Die symbolische Investitur 89
1. Die Auflassung 89
2. Die Rechtswirkungen der symbolischen Investitur 95
3. Die Entstehungszeit der symbolischen Investitur 97

§ 12 Die traditio cartae
1. Rechtsgeschäft und Urkunde 103
2. Die traditio cartae im römischen Recht . 107
3. Die traditio cartae im germanischen Recht 108

§ 13 Die angebliche investitura per cartam . . . 111
1. Der angebliche Entwicklungsablauf . . 111
2. Der Urkundentext 114
3. Die traditiones extra und intra comitatem 118
4. Die investitura per cartam und die Veräusserungen der Nicht-langobardischen Germanen 119
a) In Norditalien 119
b) Nördlich der Alpen
aa) Im Allgemeinen 120
bb) Im alamannischen und bayrischen Volksrecht 121
5. Die investitura per cartam im langobardischen Recht 124

§ 14 Die Altarhandlung
1. Der Rechtsgehalt 131
2. Die Gabe an die Heiligen 133
3. Vestitur und Währschaft 136

§ 15 firmatio und firmare
1. Die Vieldeutigkeit 138
2. Das Festigungsgelöbnis 141
3. Die Bedeutung der firmatio 149

§ 16 Die Bedeutung der Urkunde 150

Zusammenfassung 156

DIE WICHTIGSTEN DER BENUTZTEN QUELLEN

Germanenrechte Bd. 1, 2, 4 — 11. (Sammlung in den Schriften der Akademie für deutsches Recht).

Monumenta Germaniae historica:
Legum sectio II, Bd. 1 u. 2, (Capitularia regum Francorum).
Legum sectio V (Formulae Merovingici et Karolini aevi).
Diplomatum imperii Bd. 1 (ed. Pertz).
Die Urkunden der Karolinger Bd. 1 (1906).
Die Urkunden der deutschen Karolinger Bd. 1, 2, 3.
Die Urkunden der deutschen Könige und Kaiser Bd. 1—6.

Cartulaire de l'abbaye de Beaulieu. Paris 1859. (M. Deloche).

Cartulaire de l'abbaye de Conques en Rouergue. Paris 1879 (G. Desjardins).

Cartulaire de l'abbaye de Gorze. Paris 1898 (A. d'Herbomez).

Cartulaire du Chapitre de Notre-Dame de Lausanne I (Mémoires et Documents publ. p. la soc. d'histoire de la Suisse romande, 3ème Série, t. III) Lausanne 1948 (Ch. Roth).

Cartulaire de l'abbaye de Redon en Bretagne. Paris 1863 (A. de Courson).

Cartulaire de Romainmôtier (Mémoires et Documents, 1ère Série t. III) Lausanne 1844 (Fr. de Gingins-La Sarra)

Codex diplomaticus Alemanniae et Burgundiae Trans-Juranae t. I, II. 1791 (Neugart).

Codex diplomaticus Fuldensis. 1850 (J. Dronke).

Codex Laureshamensis Bd. 1, 2, 3. Darmstadt 1929/34/36. (K. Glöckner).

Codice diplomatico langobardo t. 1 u. 2. 1929 (Luigi Schiaparelli).

Codice diplomatico padovano. 3 Bde. Venedig 1877/79/81 (A. Gloria).

Codice diplomatico Sant'Ambrosiano. Milano 1805. (A. Fumagalli).

Regesta Alsatiae, aevi Merovingici et Karolini Bd. I. 1949 (A. Bruckner).

Il Regesto di Farfa, compilato da G. di Catino e publicato dalla Soc. romana di storia patria a cura di I. Giorgi e U. Balzani. t. II 1879.

Regesto della chiesa cattedrale di Modena. t. I u. II. 1931/36 (E. P. Vicini).

Die Traditionen des Hochstifts Freising. 1905/09 (Th. Bitterauf).

Traditiones Corbeienses. Leipzig 1843. (P. Wigand). (Betr. Datierung vgl. Rich. Schröder in Mitt. d. Instituts f. österreich. Geschichtsforschung (MIöG) Bd. 18 (1897) S. 27.

Urkundenbuch der Abtei Sankt Gallen. Bd. I, II, III. 1863 66/82. (H. Wartmann).

Bündner Urkundenbuch I. Chur 1947/51. (E. Meyer-Marthaler u. Fr. Perret).

LITERATURVERZEICHNIS

Albrecht, Wilh. E.: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. 1828.

v. Amira, Karl: Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. 1 1882; Leipzig Bd. 2 1895. — Der Stab in der germ. Rechtssymbolik. 1909. (Abhandlungen d. bayrischen Akademie, Phil. Hist. Klasse 25,1.). — Die Wadiation. 1911. (Sitzungs-Bericht d. bayr. Akademie München). — Grundriss des germ. Rechts. 3. A. 1913. (In Paul's Grundriss der germ. Philologie).

v. Amira/v. Schwerin: Rechtsarchäologie I. Berlin. 1943. (In der Sammlung «Das Ahnenerbe»).

Balon, Joseph: L'Handgemal à l'épreuve du droit. Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd. 73 S. 141 ff.

Beseler, Georg: Die Lehre von den Erbverträgen. 3 Bde. Göttingen. 1835.

Bewer, Rudolf: Sala, Traditio, Vestitura. Rostock 1880.

Beyerle, Franz: Der Ursprung der Bürgschaft. (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd. 47 S. 567). — Die Treuhand im Grundriss des deutschen Privatrechts. Weimar 1932. — Weinkauf und Gottespfennig an Hand westdeutscher Quellen. (In «Festschrift für Alfred Schultze». S. 251 f.) Weimar 1934. — Sinnbild und Bildgewalt im älteren deutschen Recht (Zeitschrift der Sav.-Stift. f. RG Germ. Abt. Bd. 58 S. 788 ff.).

Beyerle,Konrad: Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz. Heidelberg 1900/02. — Bd. 1 Das Salmannenrecht. Bd. 2 Grundeigentumsurkunden.

Boye, Fritz: Ueber die Poenformeln in den Urkunden des Mittelalters. (Archiv f. Urk.-Forschung, 1916, S. 77 ff.).

Brandt, Hans: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft. Leipzig 1940.

Bresslau, Harry: Handbuch der Urkundenlehre f. Deutschland und Italien. 2. A. 1. Bd. 1912, 2. Bd. 1915/31.

Brunner, Heinrich: Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. Berlin 1880. — Forschungen zur Geschichte d. deutschen und französischen Rechts. 1894. — Deutsche Rechtsgesch. 2. A. 1. Bd. 1906. 2. Bd. (hg. durch v. Schwerin) 1928. — Grundzüge der deutschen Rechtsgesch. 8. A. (hg. durch v. Schwerin) 1930. — Abhandlungen zur Rechtsgeschichte. (hg. von Karl Rauch) Weimar 1931.

Bückling, Gerh.: Die Wechselwirkung gewererechtlicher und fronungsrechtlicher Elemente im Liegenschaftsrecht des dtsch. Mittelalters. (Beyerle's deutschrechtl. Beiträge VI). Heidelberg 1911.

Conrad, Hermann: Liegenschaftsübereignung und Grundbuch in Köln während des Mittelalters. (Forschungen z. deutschen Recht. Bd. 1, Heft 3). Weimar 1935.

Ernst, Viktor: Die Entstehung d. deutschen Grundeigentums. 1926.

Fehr, Hans: Ueber den Titel 58 der Lex Salica (De chrene cruda) Zeitschr. d. Sav. Stift. Germ. Abt. Bd. 27 S. 151.

Freundt, Carl: Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Rechte. 2 Bde. Leipzig 1910.

Gál, Alexander: Die Prozessbeilegung nach den fränkischen Urkunden des 7.—10. Jhd. (Untersuchungen z. dtsch. Staats- und Rechtsgeschichte, hg. v. Gierke, 102. Heft) Breslau 1910.

Gillis, Fritz: Gewährschaftszug und laudatio auctoris. (Unters. z. dtsch. Staats- und Rechtsgeschichte, hg. v. Gierke, 118. Heft.) Breslau 1913.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. 3 Bde. 1895, 1905, 1917. — Schuld und Haftung im älteren dtsch. Recht. (Untersuch. z. dtsch. Staats- und Rechtsgeschichte, hg. v. Gierke, 100. H.) Breslau 1910.

Gmür, Max: Die Entwicklung der letztwiligen Verfügungen nach den Rechtsquellen des Kant. St. Gallen. Diss. Bern 1894. — Schweiz. Bauernmarken und Holzurkunden. (Abh. z. Schweiz. Recht, hg. v. Gmür, Heft 77). Bern 1917.

Grimm, Jakob: Deutsche Rechtsaltertümer. 4. A. besorgt von A. Heusler und R. Hübner. 1899.

Haiss, Wilhelm: Traditio und Investitura. München 1876.

Heuberger, Richard: Allg. Urkundenlehre f. Deutschland und Italien (Im «Grundriss der Geschichtswissenschaft», hg. v. A. Meister. I, 2 a), 1921. — Cartam tradidi. (In «Festschrift zu Ehren v. Oswald Redlich», Veröffentlichung des Museums Ferdinandeum in Innsbruck.) 1928.

Heusler, Andreas: Die Gewere. Weimar 1872. — Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1885/6.

Homeyer, C. G.: Die Haus- und Hofmarken. Berlin 1870.

Howald, Martin: Der dingliche Vertrag. Diss. Zürich 1946.

Hübner, Rudolf: Der Immobiliarprozess d. fränk. Zeit (Unters. z. dt. Staats- und Rechtsgeschichte, hg. v. Gierke, 42. Heft). Breslau 1893. — Die donationes post obitum und Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs im älteren deutschen Recht. (Untersuch. z. dtsch. Staats- und Rechtsgeschichte, hg. v. Gierke, 26. Heft). Breslau 1888. — Grundzüge des dtsch. Privatrechts. 5. A. Leipzig 1930.

Huber, Eugen: System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, IV. Bd. 1893. — Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. (Berner Festschrift für Halle). 1894.

Jungbluth, Theo: Die Donatio post obitum und die Donatio Reservato Usufructu in den Kölner Schreinseintragungen des 12.—14. Jhd. Diss. Düsseldorf 1939.

Mayer, Ernst: Die Einkleidung im germ. Recht. (In der «Festschrift f. Adolf Wach» 2. Bd.). 1913.

Mayer-Edenhauser, Theo: Das Recht der Liegenschaftsübereignung in Freiburg i. Br. bis zur Einführung des badischen Landrechts. (Freiburger Rechtsgesch. Abhandlungen VI.) 1937.

Merêa, Paulo: A doaçao «per cartam» no direito romano vulgar e no direito visigótico. (Sonderabdruck aus dem Boletin da Faculdade de Direito XVII, Coimbra 1940). Angezeigt und besprochen von Wohlhaupter in Zeitschr. d. Savigny-Stift. Germ. Abt. 62 S. 517.

Merk, Walther: Die Grundstücksübertragung nach dem alamannischen Volksrecht. (In «Festschrift Ernst Mayer» S. 125 f.). Weimar 1932. — Die

Grundstücksübertragung in Meersburg am Bodensee. (In der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. RG Germ. Abt. Bd. 55 und 56).

Merkel, Joh.: Das Firmare des bayrischen Volksrechts. (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 2) 1863.

Meyer, Herbert: Das Handgemal. (Forschungen z. dtsch. Recht Bd. 1, Heft 1). Weimar 1934.

Oppikofer, Hans: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolit. Betrachtung. 1927.

Pappenheim, Max: Ueber die Rechtsnatur der altgermanischen Schenkung. (Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. RG Germ. Abt. Bd. 53 S. 35 ff.).

Planitz, Hans: Konstitutivakt und Eintragung in den Kölner Schreinsurkunden des 12. u. 13. Jhd. (In «Festschrift f. Alfr. Schultze» S. 175 ff.). Weimar 1934. — Die Vermögensvollstreckung im dtsch. mittelalterlichen Recht. I. Bd. Leipzig 1912. — Germanische Rechtsgeschichte. 2. A. Berlin 1941. — Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 3. A. 1949.

Partsch, Gottfried: Das Mitwirkungsrecht der Familiengemeinschaft im älteren Walliser Recht. Zürcher Diss. Genf 1955.

Rabel, Ernst: Nachgeformte Rechtsgeschäfte. (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. Romanistische Abt. Bd. 27 S. 290 ff., Bd. 28 S. 311 f.).

Redlich, Oswald: Die Privaturkunde des Mittelalters. 1911. (3. Teil der Urkundenlehre im Handbuch d. mittleren und neueren Geschichte, hg. von Below u. Meinecke).

Rennefahrt, Herm.: Grundzüge der Bernischen Rechtsgeschichte. (Abhandl. z. Schweiz. Recht, Neue Folge, Heft 34, 66, 81, 114. — 1928/36).

Richter, Gottfried: Die Grundstücksübereignung im ostfälischen Sachsen. Diss. (Abh. d. Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Göttingen. 19. Heft). 1934.

Ruppel, Karl Konrad A.: Die Hausmarke, das Symbol der german. Sippe. (In der Sammlung «Das Ahnenerbe» Reihe B Heft 1). Berlin 1939.

Sandhaas, Georg: Germanist. Abhandlungen. 1852.

Schiaparelli, Luigi: Note Diplomatiche sulle carte Langobarde. (Archivio storico italiano. Serie VII, Vol. XVII, 1932; Vol. XIX, 1933; Vol. XXI, 1934.)

Schmidt, Wolfgang: Die Auflassung im Mittelalter nach niederrheinischen Rechtsquellen. Diss. München 1932.

Schönfeld, Walther: Die Vollstreckung der Verfügungen von Todes wegen im Mittelalter. (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. RG, Germ. Abt. 42 S. 240 f.).

Schröder/v. Künssberg: Deutsche Rechtsgeschichte 7. A. 1922. Die um einen Literaturnachtrag vermehrte 6. A.

Schultze, Alfred: Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung. (Unters. zur dtsch. Staats- und Rechtsgesch., hg. v. Gierke 49. Heft). Breslau 1895.
Augustin und der Seelteil des germ. Erbrechts. (Nr. 4 des 28. Bandes der Abhandlungen der philolog./histor. Klasse der sächs. Ak. d. Wissensch.) Leipzig 1928. Dazu Ergänzung in Zeitschr. d. Sav.-Stiftung Germ. Abt. 50 S.376 f.

Schultze-von Lasaulx, H. A.: Beiträge zur Rechtsgeschichte des Wertpapierrechts. Marburg 1931. (No. 63 der Arbeiten z. Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, hg. von Heymann).

v. Schwerin A.: Deutsche Rechtsgeschichte. 2. A. 1915. (Im Grundriss der Geschichtswissenschaft, hg. von Meister). — Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. A. 1928. — Germanische Rechtsgeschichte. Berlin 1936. — Einführung in die Rechtsarchäologie (In der Sammlung «Das Ahnenerbe» Abt. z. Indogerm./dtsch. Rechtsgeschichte, Bd. 2) Berlin 1943.

Sohm, Rudolf: Der Prozess der Lex Salica. Weimar 1867. — Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung. Weimar 1871. Neudruck 1911. — Das Recht der Eheschliessung. Weimar 1875. — Trauung u. Verlobung. Weimar 1876. — Fränkisches Recht u. römisches Recht. ZRG 1 (14). Weimar 1880. — Zur Geschichte der Auflassung. (In «Festgabe Heinrich Thöl») Strassburg 1879.

Steinacker, Harold: Der Ursprung der «Traditio Cartae» und das westgotische Urkundenwesen. (Festschrift d. akad. Vereins deutscher Historiker in Wien. 1914). — Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privaturkunde. 1927. (Grundzüge der Geschichtswissenschaft, hg. v. A. Meister. 1. Erg. Bd.).

Stobbe, Otto: Die Auflassung des deutschen Rechts. (Jherings Jahrbuch f. Dogmatik d. heutigen dtsch. u. römischen Privatrechts. Bd. 12, 1873).

Stobbe/Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1896—1900.

Studtmann, Joach.: Die Poenformel in mittelalterlichen Urkunden. (Archiv f. Urkundenforschung, Bd. 12 S. 252 ff.).

Wohlhaupter, E.: Symbolik der europäischen Urzeit und der germanischen Völker. Leipzig 1941. (2. Bd. der «Rechtssymbolik der Germanen» im Handbuch der Symbolforschung, hg. von K. Herrmann).

v. Wyss, C. F.: Die letztwilligen Verfügungen nach den schweiz. Rechten der früheren Zeit. (Zeitschr. f. schweiz. Recht, alte Folge, Bd. 19 S. 68 ff. 1876).

v. Voltelini, Hans: Die Fluch- und Strafklauseln mittelalterlicher Urkunden und ihre Vorläufer. (Mitt. d. Instituts f. österr. Geschichtsforschung, 11. Erg. Bd. S. 64 f.).

Val de Lièvre, Anton: Launegild und Wadia. Innsbruck 1877.

VORWORT

Die vorliegende Arbeit ist aus der Grundlegung zu einer Untersuchung über das Fertigungswesen der Rechtsbücherzeit und später herausgewachsen. Dieses Thema ist mir von meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Hans Oppikofer †, zugestanden worden und sollte sich räumlich auf das Gebiet des alten Aargau beschränken. Bei den ersten Deutungsversuchen des Materials ging es darum, die vermuteten Relikte der Bestandteile des urtümlichen Liegenschaftsgeschäftes, d. h. von Sala und Investitur, aufzuspüren. Die Literaturmeinungen über die juristische Qualifizierung von Sala und Investitur, nach denen ich mich auszurichten versuchte, erschienen mir indessen immer zweifelhafter. Ich versuchte ihre Nachprüfung an Hand der Quellen und geriet auf diese Weise in eine Untersuchung, welche sowohl von meinem inzwischen verstorbenen Lehrer als auch von mir nicht im entferntesten beabsichtigt war. An Stelle einer Arbeit über das Liegenschaftsgeschäft einer späteren Zeit ist eine solche über die Anfänge desselben entstanden.

Mit Misstrauen wurden hiebei vor allem die zumeist in formelhaften Wendungen erstarrten Texte der Privaturkunden betrachtet, welchen man m. E. bis anhin ein zu grosses Gewicht beigemessen hatte. Es galt auf Umwegen, vornehmlich über den Versuch einer Entwicklungshypothese, zu einer neuen Sicht der Zusammenhänge zu gelangen. Die Fragen, welche sich hiebei stellten, führten teilweise in andere Rechtsbezirke, welche ebenfalls keineswegs völlig erschlossen sind. Fern ist mir die Anmassung, den Schlüssel zu den diskutierten Punkten gefunden zu haben. Hingegen dürfte doch die Notwendigkeit einer neuen Ueberdenkung einzelner bisher als gesichert betrachteter Auffassungen aufgezeigt worden sein.

Die Arbeit ist am 18. Juli 1951 abgeschlossen und von Herrn Prof. Dr. Hans Fehr zu Handen der Fakultät überprüft worden. Ich möchte ihm auch an dieser Stelle herzlich für seine grosse Mühe danken. Die bis zur Drucklegung erschienene Literatur ist — soweit ich mit ihr noch bekannt wurde — im Literaturverzeichnis nachgetragen, im Texte aber nicht mehr berücksichtigt worden.

1. Kapitel

DIE URFORM DER GERMANISCHEN LIEGENSCHAFTS-VERÄUSSERUNG

§ 1. Ueberblick

Seit Heusler nimmt die herrschende Meinung an, die Grundstücksübereignung sei ursprünglich ausschliesslich auf dem zu veräussernden Grundstück vorgenommen worden; sie habe zwei Teile umfasst, die Sala und die Investitur, welche sich im Laufe der Zeit geschieden hätten und örtlich und zeitlich getrennt auftreten konnten. Die Investitur sei dabei an das Grundstück gebunden geblieben, während sich die Sala in beliebigen Volksversammlungen, vornehmlich in der Gerichtsgemeinde, habe vollziehen lassen. [1])

Die örtlich und zeitlich getrennte Vornahme von Sala und Investitur führt die herrschende Meinung im Anschlusse an Brunner [2]) auf das Capitular von 818/19 zurück. Wie aber verschiedene klare Belege zeigen, musste sie schon früher bestanden haben. [3])

Bereits die Lex Ribuaria lässt diese Zweiteilung erkennen. Die allgemeine Ansicht geht zwar dahin, dass die entsprechenden tit. 59, 60 und 48 nicht von einem zweigeteilten Geschäfte sprechen, sondern von zwei voneinander unabhängigen Verfügungsformen. So sei im tit. 60 noch vom althergebrachten Geschäfte, das sich auf das Grundstück beschränkt hatte, die Rede, während im tit. 59 eine neuartige Verfügungsform in

---

[1]) Vgl. Heusler: Gewere S. 6f.; Stobbe: DPR 3. A. S. 370
Brunner: Grundzüge 7. A. S. 197, Rechtsgeschichte der Urkunde S. 272 ff.
Gierke: DPR II S. 268; Hübner: Grundzüge 5. A. S. 256
Schwerin: Grundzüge 2. A. S. 113
Planitz: Grundzüge 3. A. S. 107; Schröder/Künssberg: 7. A. S. 303 ff.
Conrad: Liegenschaftsübereignung in Köln S. 101f.

[2]) Brunner: RG d. Urk. S. 278,307
Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 309; Hübner: a. a. O. S. 261

[3]) Urk. d. Karol. I No. 116 a. 777; Cod. Laureshamensis. Bd. II No. 730 a. 790/810
Dazu die Urk. des Fuldaer Schreibers Asger bei Dronke, insbesondere No. 88 und 124; beide aus dem Ende des 8. Jhd. sowie die Formulare in MGH Leg. sectio V (unter Anm. 109)

Erscheinung trete: die im Gerichte vorzunehmende traditio per cartam. [4])

Allein, tit. 59 führt die Urkunde nicht als Verfügungsinstrument in das ribuarische Rechtsleben ein, sondern einzig als Beweismittel. [5]) Nur die Beurkundung des Rechtsgeschäftes und die Verwendung der Urkunde im Beweisverfahren wird erwähnt; von ihrer angeblichen dispositiven Hingabe, die als Kern dieses Titels doch in seinem Mittelpunkt hätte stehen sollen, findet sich keine Spur. [6])

Diesem Rechtsgehalt entspricht es, dass auch im Gegenstück des tit. 59, im tit. 60, die Beweissicherung und nicht das Rechtsgeschäft als solches in den Vordergrund gerückt ist. [7])

Die vereinzelte Annahme, dass der tit. 59 überhaupt keine rechtsgeschäftliche Bedeutung gehabt habe, [8]) sondern nur von einer Stätigung handle, vermag angesichts des klaren Urkundentextes freilich nicht zu überzeugen. Die betreffenden Autoren haben aber doch gezeigt, dass in tit. 59 von einer symbolischen Investitur — gleich welcher Gestalt — nicht die Rede sein kann. [9])

---

[4]) Brunner: RG d. Urk. S. 295
Heusler: Inst. II S. 66ff.; Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 306 insbes. Anm. 52; Conrad: a. a. O. S. 101ff. (C. übernimmt die Lehre von der traditio per cartam nicht, sondern spricht einzig von einer symbol. Investitur «ore, manu et calamo») Weniger bestimmt Planitz: Konstitutivakt S. 189 Anm. 2

[5]) Haiss: Traditio und Investitura S. 69; K. Beyerle: ZRG 51 S. 384f.; F. Beyerle: ZRG 48 S. 304; Merk: ZRG 56 S. 601f.

[6]) Es heisst bekanntlich (Lex Rib. tit. 59,1) «Si quis alteri aliquid vinderit et emptor testamentum vindicionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet, precium in praesente tradat, et rem accipiat, et testamentum publici conscribatur.» Die Urkunde tritt somit erst im Anschluss an die rechtsgeschäftliche Handlung auf. In den nachfolgenden Bestimmungen (tit. 59,2—8) ist ausschliesslich von der Verwendung der Urkunden im Beweisverfahren die Rede. Vgl. Haiss: a. a. O. S. 70f., F. Beyerle: a. a. O.

[7]) (Lex Rib. tit. 60,1) «Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessiunculam ab alio conparaverit, et testamentum accipere non potuerit» lautet sein Eingang. In der Folge werden neben den Zeugen zusätzlich noch Knaben herangezogen, denen man zur bleibenden Erinnerung an das Geschäft Backenstreiche geben musste. Wie schon Haiss (S. 70f.) erkannt hat, stellt diese Massnahme nichts anderes dar, als den notdürftigen Versuch, auch ohne Urkunde den Beweis länger führen zu können, als es beim Zuzug erwachsener Zeugen der Fall war.

[8]) K. Beyerle: a. a. O.; Merk: a. a. O.

[9]) K. Beyerle: a. a. O.; a. A. Conrad: a. a. O. S. 102f.

Für uns sei vorläufig einzig festgehalten, dass nicht die Einführung einer neuen Verfügungsform im Vordergrund des tit. 59 steht, sondern diejenige eines neuen Beweismittels. Dieser Schluss wird auch nicht durch tit. 48 Lex Rib. umgestossen.

Wer kinderlos war, konnte nach dieser Bestimmung beliebig über sein Vermögen verfügen und zwar «per scripturarum seriem seu per tradicionem et testibus adhibitis». Man glaubt hierin eine ausdrückliche Bestätigung der beiden Verfügungsmöglichkeiten von tit. 59 und tit. 60 erblicken zu können: der traditio per cartam im Gericht und dem alt überlieferten Verfügungsgeschäft auf dem Grundstück. [10])

Bereits Beseler [11]) hat indessen festgehalten, dass «seu» in den alten Rechtsquellen häufig konjunktiv und nicht disjunktiv verwendet wurde. [12]) Dass es insbesondere in unserem Zusammenhange in seiner konjunktiven Bedeutung begriffen werden könnte, ergibt sich aus der Tatsache, dass «seu» auch an einer andern Stelle der Ribuaria eindeutig im Sinne von «et» auftritt. [13])

Die Bestimmungen der Ribuaria weisen somit für die Zeit der Volksrechte weit eher auf eine örtliche und zeitliche Zwei-Teilung des Liegenschaftsgeschäftes hin als auf einen einzigen Rechtsakt, der sich entweder auf dem Grundstück oder in der Gerichtsversammlung abspielte.

Gewisse Umstände machen es nunmehr wahrscheinlich, dass auch die ursprüngliche Gestalt des Liegenschaftsgeschäftes zweiteilig war und nicht nur eine Grundstückshandlung, sondern darüber hinaus noch einen gerichtlichen Akt umfasst hatte. [14])

Bereits die doppelte Verwendung der festuca weist auf eine Zweiteilung hin. Innerhalb eines geschlossenen Rechtsaktes musste ein und dasselbe Rechtssymbol denselben Sinngehalt gehabt haben. Die festuca repräsentierte dagegen im ersten

---

[10]) Dazu Brunner: RG d. Urk. S. 295 ff.

[11]) Beseler: Erbverträge I S. 103

[12]) Man denke nur an das von Beseler angeführte «per cartam seu per festucam atque per andelangum», das gelegentlich für «per cartam sive et per festucam atque per andelangum» gesetzt wird. Vgl. hiezu auch Bitterauf No. 7 a. 754: «tradidit in manus J. ad regendum atque dominandum seu et salvandum»; No. 547d a. 827: «et ad altarem s. M. seu ad sepulchrum s. C... tradidit.»; No. 506 a. 824: «iam olim quidam laicus nomine S. seu filius eius H. tradiderunt propriam hereditatem.»

[13]) Beseler: a. a. O. Anm. 16; Lex Rib. tit. 88

[14]) Eine ursprüngliche Zweiteilung des Liegenschaftsgeschäfts nehmen bloss Haiss (a. a. O. S. 42 u. 162) und Ernst Mayer (Einkleidung S. 62 ff. und ZRG 34 S. 405) an.

Teile der Rechtshandlungen etwas anderes als im zweiten Teile. Andernfalls liesse es sich nicht begreifen, weshalb der Veräusserer eines Grundstückes die festuca dem Erwerber zunächst zuwirft und sie anschliessend bei der zum Zeichen des Verzichts auf alle Ansprüche erfolgenden Verlassung des Grundstücks wegschleudert. Gleichgültig welchen Sinngehalt man der festuca gibt, diese gegensätzliche Verwendung in einem geschlossenen Rechtsakt bleibt widersprüchlich. Denn die vorbehaltlose Hingabe einer Sache schliesst logischerweise auch den Verzicht auf sie in sich ein, sodass im Anschlusse an ihre Uebertragung ein besonderer Verzicht sinnlos erscheint. Die für die Investitur typischen Grundstücksymbole, Scholle und Zweig, werden ebenfalls nur im positiven Teile des Veräusserungsgeschäftes, d. h. bei der Übertragungshandlung verwendet. Es ist deshalb unwahrscheinlich, dass die Hingabe der festuca und ihr anschliessendes Wegschleudern ursprünglich in einem einheitlichen Akt erfolgt sind. Vielmehr muss das Zuwerfen der festuca zeitlich und örtlich getrennt von der Verlassung des Grundstücks (zu der das Wegschleudern der festuca gehörte) vorgenommen worden sein.

Eine andere urtümliche Erscheinung, die Genehmigung der Liegenschaftsveräusserungen durch die Gemeinde, drängt die gleiche Annahme auf. Das alte Gemeinschaftseigen hat sich in dieser Genehmigung noch sehr lange ausgewirkt. Sie setzte die Bekanntgabe der Veräusserungsabsicht in einer Volksversammlung — wobei in erster Linie an eine Gerichtsversammlung zu denken ist — voraus. Infolge des gegenständlichen Denkens der Germanen konnte diese Kundgabe nur in die Form des öffentlichen Vertragsabschlusses gekleidet gewesen sein. Das naheliegendste war, dass sich die Gemeinde bei dieser Gelegenheit — also noch vor der realen Grundstücksübertragung — sogleich über das Geschäft aussprach. Es ist nicht einzusehen, weshalb sie die Genehmigung nur anlässlich des Verfügungsaktes auf dem Grundstücke hätte aussprechen können und weshalb sich die gesamte Gemeinde auf das Grundstück bemüht haben sollte und zwar umso weniger, als an der Grenzbegehung doch nur die Erben und die Nachbarn interessiert waren. Im nordischen Rechte ist die ursprüngliche Zweiteilung der Liegenschaftsgeschäfte bereits erwiesen. Wie Ernst Mayer [15]) gezeigt hat, geht sie dort auf die Bürgschaftsleistung des Verwandtschaftsverbandes zurück.

Im kontinentalen Rechte finden sich für einen derartigen Ursprung keine Anhaltspunkte. Dagegen ist an eines der ältesten familienrechtlichen Geschäfte zu denken, welches als

[15]) E. Mayer: Einkleidung a. a. O.

Cliché für das Liegenschaftsgeschäft gedient haben könnte und das dessen Zweiteilung erklären würde — an die Adoption.

§ 2. Die letztwillige Vergabung von Grundstücken

Tit. 46 der salischen Einung regelt die Erbvergabung bei Kinderlosigkeit. Nach der Ansicht von Sohm [16]) konnte sie sich nur auf die Fahrnis bezogen haben, da es zur Zeit der salischen Einung (entstanden ca. 507/11) [17]) noch kein Sondereigen an Grund und Boden gegeben haben soll. Tit. 59 dieses Gesetzes enthält nun aber in seinem § 5 eine ausdrückliche Vorschrift über die gesetzliche Erbfolge hinsichtlich des Landbesitzes. Damit ist ausser Frage gestellt, dass z. Z. der salischen Einung die periodische Rücknahme und Neuverteilung des Bodens einer Dorfmark nicht mehr geübt wurde, dass also den einzelnen Dorfgenossen ihr Landanteil für immer zugeteilt war und bei ihrem Tode auch ihren Nachkommen erhalten blieb. Der Grundbesitz bildete demgemäss bereits einen Bestandteil des Privatvermögens, sodass er von der Erbvergabung, die sich auf das gesamte Privatvermögen bezog, ebenfalls erfasst worden sein musste.

Sohm's gegenteilige Ansicht stützt sich auf die Tatsache, dass der salischen Einung, die (das Sondereigen an Grund und Boden voraussetzende) Immobiliarpfändung noch unbekannt gewesen ist. [18]) Seine Folgerung ist jedoch keineswegs zwingend; denn wenn die Immobiliarpfändung auch Sondereigen zur Voraussetzung hat, so bedingt anderseits das Sondereigen noch lange nicht das Institut der Immobiliarpfändung. Die Pfändung erfasst ja nur solche Gegenstände, welche sich als Ersatz für die geschuldete Leistung eignen, oder die einen Verkehrswert besitzen. Solange aber die Wirtschaft auf Selbstversorgung zugeschnitten war, und man nicht mehr bebaute, als die Deckung des eigenen Bedarfs verlangte, wusste der Gläubiger mit dem Grundbesitz seines Schuldners nichts anzufangen. [19]) Er besass genügend Land zur Sicherstellung des Lebensunterhaltes seiner Familie und da dem Boden angesichts

---

[16]) Sohm: Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung S. 117 f.

[17]) Germanenrechte Bd. 1 Die Gesetze des Merowingerreiches (K. A. Eckhardt), 2. Bearbeitung 1955, S. 9

[18]) Sohm: a. a. O. S. 117; er stützt sich auf den Chrenecruda-Titel. Dazu Fehr: ZRG 27 S. 153 ff., Jul. Gierke: ZRG 28 S. 290 ff. Hinsichtlich ihrer Ausführungen, «dass es sich beim Chrenecruda-Wurfe um eine Uebergabe von Immobilien nicht gehandelt haben könne» pflichtet Goldmann (Beyerle's Beiträge 13 S. 59) Fehr und Gierke ausdrücklich bei. Vgl. auch Planitz: Vermögensvollstreckung I S. 60 f.

[19]) Haiss: a. a. O. S. 51 Anm. 1

des Landüberflusses kein Verkehrswert zukam, konnte er den schuldnerischen Grundbesitz auch nicht als Tauschobjekt verwenden. [20]) Ein ganz anderes Interesse erweckten in ihm das Vieh und die Gerätschaften und nicht zuletzt die (als billige und frei veräusserliche Arbeitskraft besonders wertvolle) Person des Schuldners.

Demgemäss ist aus der Tatsache, dass dem betreibenden Gläubiger der Grundbesitz seines Schuldners gleichgültig war, nichts anderes zu ersehen, als dass z. Zt. der salischen Einung den Liegenschaften jeglicher Verkehrswert fehlte. Damit ist aber neben der Immobiliarpfändung auch die Existenz anderer Liegenschaftsgeschäfte, die den Verkehrswert des Bodens zur Voraussetzung haben, ausgeschlossen und tatsächlich enthält die salische Einung hinsichtlich des Verkaufs und der Schenkung von Grundstücken keine Regelung. Die vom Verkehrswert des Bodens unabhängige Erbvergabung erweist sich damit quellenmässig als das erste germanische Liegenschaftsveräusserungsgeschäft überhaupt.

Zu dieser Feststellung gelangt man noch in eindeutigerer Weise auf Grund der Entstehungsgeschichte der Erbvergabung: Ihren Ausgangspunkt bildet bekanntlich eines der ältesten germanischen Rechtsgeschäfte, die Adoption. Es geht dies nicht nur aus ihrer Bezeichnung als «acfathamire» hervor, [21]) sondern auch aus dem Umstande, dass die eigenartige Ausgestaltung, welche der tit. 46 der salischen Einung der Erbvergabung gibt, nur bei einer Rückführung auf die Adoption verstanden werden kann. [22])

Die Rekonstruktion der vermutlichen Entwicklung, welche von der Adoption zur Erbvergabung geführt hat, bietet keine Schwierigkeiten. [23]) Ausser Frage steht, dass die Adoption auf religiöse Anschauungen zurückgeht. Ahnenkult und Totenpflege hatten grösste Bedeutung und derjenige, der keine Nachkommen besass musste befürchten, seinen Totenfrieden zu verlieren. Es entsprach deshalb einem frühen Bedürfnis, den kinderlosen Stammesangehörigen die Adoption fremder Kinder zu ermöglichen.

[20]) In diesem Zusammenhang ist auch die Wüstung des Gutes des Geächteten zu stellen. Wenn ihm irgendwelcher Verkehrswert zugekommen wäre, hätte sich doch die verletzte Sippe in seinen Besitz gesetzt, anstatt es zu versengen.

[21]) Deutsches Rechtswörterbuch Bd. I S. 441 f.

[22]) Vgl. unter § 3 lit. b

[23]) Schönfeld: Die Vollstreckung der Verfügungen von Todes wegen, ZRG 42 S. 318

Die Adoption hatte aber auch einen vermögensrechtlichen Aspekt, wurde doch mit ihrem Vollzuge gleichzeitig über das Schicksal des Vermögens entschieden, das der Adoptierende bei seinem Tode zurückliess. Bekanntlich trat bei Kinderlosigkeit des Erblassers die Sippe und letztlich die Gemeinde in seinen Nachlass ein.

Mit der Adoptierung wurde eine derartige Erbfolge nicht nur ausgeschaltet, der Erblasser hatte auch noch die Möglichkeit, frei seinen Erben zu bestimmen. [24]) Diese erbrechtlichen Konsequenzen der Affatomie mussten in den Vordergrund rükken, als unter dem Einflusse des Christentums das kultische Bedürfnis zu ihrer Vornahme hinwegfiel. Immer weniger konnte sie von da an ihrem ursprünglichen juristischen Zwecke entsprechen (d.h. zur Begründung eines künstlichen Kindschaftsverhältnisses) verwendet werden, und immer mehr diente sie als Form der gewillkürten Erbeinsetzung. In der salischen Einung hatte sich die Affatomie bereits zur Erbvergabung weiter entwickelt, indem der (kinderlose) Erblasser sich nicht mehr darauf beschränken musste, einen einzigen Erben zu bestellen, sondern seinen Nachlass beliebig aufteilen und verschiedenen Personen zugehen lassen konnte. [25])

Vom Momente an, da die Affatomie nur noch sachenrechtliche Bedeutung besass und lediglich Vermögensverschiebungen zur Folge hatte, kann man sie als eigentliches Veräusserungsgeschäft bezeichnen. Sobald sich an Grund und Boden Sondereigen herausgebildet hatte, war deshalb die Erbvergabung — welche den gesamten Nachlass umfasste — auch ein Liegenschaftsgeschäft [26]) und zwar — da für die Objekte der Erbvergabung der Bestand eines Verkehrswertes kein Erfordernis bedeutete — zwangsläufig das erste Liegenschaftsgeschäft des germanischen Rechts überhaupt.

Auf zweifache Weise erweist sich damit die Erbvergabung oder Affatomie als das ursprünglichste Liegenschaftsveräusserungsgeschäft. Die Formen der späteren Liegenschaftsgeschäfte sollten sich nunmehr mit ihr in Zusammenhang bringen lassen. Denn bei gewohnheitsrechtlichen Entwicklungsgängen bilden sich die neuen Rechtsformen in der Regel unter Anknüpfung an bestehende Einrichtungen heraus. [27])

---

[24]) Vgl. hiezu Heusler: Inst. II 622, 625; Schröder/Künssberg a. a. O. S. 367; Hübner: a. a. O. S. 781

[25]) Vgl. Anm. 44

[26]) Fehr: ZRG 27 S. 154

[27]) Ernst Rabel: Nachgeformte Rechtsgeschäfte. ZRG (Romanist. Abt.) Bd. 27 S. 293 ff., 299; Bd. 28 S. 311 f., 344 ff., 372

§ 3. Die Ausbildung des Liegenschaftsveräusserungsgeschäfts

a) Die Erbvergabung oder Affatomie kann sich von späteren Liegenschaftsgeschäften lediglich durch ihre Kausa unterschieden haben und musste mit ihnen grundsätzlich gleichgestellt worden sein. [28]) Es ergibt sich dies zunächst aus der Behandlung ihrer unmittelbarster Weiterbildungen, den sog. donationes post obitum, [29]) welche sich bekanntlich auf den Freiteil bezogen und deshalb — im Gegensatz zur Affatomie — auch dann vorgenommen werden konnten, wenn der Erblasser Nachkommen besass. Diese Erbvergabungen wurden ebenso als traditiones inter vivos aufgefasst wie die Liegenschaftsübereignungen auf Grund von Kauf oder Tausch. Man betrachtete sie nicht als erbrechtliche, sondern als sachenrechtliche Geschäfte, genauer: als besondere Formen der Schenkung. Im Gegensatz zur donatio inter vivos sollte der Beschenkte nicht sofort, sondern erst nach dem Tode des Schenkers oder noch später (z. B. nach dem Hinschiede seiner Kinder) in den Genuss der Schenkung kommen. (Vgl. hierüber § 9 lit. b).

Die Erbvergabung oder Affatomie wurde aber auch selber — soweit sie in den Gesetzen noch auftrat — bloss als eine Art der Liegenschaftsübertragung behandelt. So wurden — gemäss tit. 48 der Ribuaria — für die Erbvergabung dieselben Uebertragungsformen verwendet, welche die tit. 59 und 60 für die entgeltliche Liegenschaftsübereignung vorschrieben.

Darüber hinaus heisst es im Erläuterungsgesetz von 819 hinsichtlich des tit. 46 der Lex Salica (Cap. Legi Salicae add. c. 10):

«De affatomie dixerunt quod traditio fuisset.»

Auf den ersten Blick scheint hier zwar ein Widerspruch vorzuliegen, da eine Erläuterung der Affatomie nicht verständlich ist, wenn ihre Form grundsätzlich mit derjenigen der Liegenschaftsübereignung seit jeher identisch gewesen sein soll. Die Erläuterung bezieht sich indessen nur auf den speziellen Formalismus der ursprünglichen Affatomie, findet sich doch tit. 46 der salischen Einung unverändert auch wieder in der Lex Salica. Dieser Formalismus ist allgemein bekannt:

Der Erblasser setzte zuerst einen Salmann ein, dem er im Gericht unter Zuwurf der festuca sein Vermögen — soweit er darüber verfügen wollte — zusprach, unter genauen Anweisungen, wen er damit bedenken sollte. Anschliessend zog der Salmann auf den Hof des Erblassers, wo er sich vor Zeugen

[28]) Vgl. auch Haiss S. 5, 51 f., 148

[29]) Vgl. dazu Schönfeld ZRG 42 S. 250 f.; Heusler: Inst. II 628

während drei Tagen als Herr und Meister des Gutes zu zeigen hatte.

Schon in vorkarolingischer Zeit hielt man indessen diese Form nicht mehr ein. Die Vergabungen wurden ohne Einschaltung eines Salmannes, unmittelbar dem Bedachten gegenüber vorgenommen. [30]) Die aus grauer Vorzeit herübergerettete Vorschrift des tit. 46 musste deshalb Unsicherheit hervorgerufen haben, sodass es verständlich ist, wenn das Erläuterungsgesetz fortfährt:

> «De hoc capitulo iudicatum est, ut, sicut per longam consuetudinem antecessores eorum facientes habuerunt, ita et omnes qui lege salica vivunt inantea habeant et faciant.» [31])

und damit die jüngere (aber gleichwohl bereits althergebrachte) Form als gültig anerkennt.

b) Eine derartige Verwendung des Salmanns, wie es tit. 46 der salischen Einung vorsieht, findet sich nirgends sonst im Liegenschaftsrecht. Die Rückführung der traditio aus beliebigem Grunde auf die Affatomie wäre deshalb in Frage gestellt, falls die Einschaltung des Salmanns zur Grundstruktur der Affatomie gezählt werden müsste. Dazu besteht indessen kein Anlass.

Unmöglich kann es einer ursprünglichen Reglung entsprochen haben, dass die beiden eigentlichen Kontrahenten, der Adoptivvater und der Adoptivsohn, nicht gemeinsam rechtsgeschäftlich tätig gewesen sind, und dass der erwählte Nachfolger eines Familienoberhauptes nicht durch dieses persönlich der Gemeinde vor Augen geführt worden sein sollte. [32]) Wenn demnach irgend ein Bestandteil des tit. 46 noch auf die Adoptionsbestellung zurückgeht, dann sicherlich die zwischen Erblasser und Salmann sich abspielenden förmlichen Handlungen. Im gerichtlichen festuca-Wurf und in der ostentativen

---

[30]) Gelegentlich tritt zwar auch hier noch ein Salmann auf, doch liegen dabei zumeist besondere Verhältnisse vor. (Vgl. hierüber § 6 Ziff. 2 lit. c) Ebenso bestehen z. T. erhebliche Unterschiede zur alten Salmannbestellung. Weder die Gerichtlichkeit noch der Grundstücksakt sind mehr gefordert.

[31]) a. A. Heusler, der den Nachsatz auf die «traditio» bezieht (Inst. II 627 f.), d. h. auf die angebliche Angleichung der Affatomie an das — unabhängig von ihr entstandene — Liegenschaftsgeschäft.

[32]) a. A. Schröder/Künssberg (a. a. O. S. 268), der den Salmann als Weiterbildung eines bei der Adoption angeblich herangezogenen Speerbürgen auffasst. Ebenso Hübner (Grundzüge S. 781 f.) und Planitz (Grundzüge S. 229). Vgl. aber dazu Richard Schmidt: Die Affatomie der Lex Salica, 1891, S. 12, 48 ff.

Ausübung der Gewalt auf dem Grundstück dürfte man m. a. W. die ursprünglichen Formen der Adoption zu erblicken haben.

Einzig von hier aus vermag man der bis heute noch immer ungelösten Frage auf die Spur zu kommen, weshalb bei der alten Erbvergabung ein Mittelsmann eingeschaltet wurde. [33]) Richard Schmidt [34]) und Franz Beyerle [35]) bringen diese Erscheinung mit dem Widerspruchsrecht der Nächstgeerbten in Verbindung. [36]) Sinn der Treuhand wäre es gewesen, «den Erwerber bis zur Klärung etwaigen Einspruchs aus der Sache herauszuhalten.» Wer während der Inhabung des Gutes durch den Salmann seine Ansprüche nicht anmeldete, konnte sie später nicht mehr geltend machen: Er hatte sie verschwiegen.

Allein, merkwürdig berührt bereits der Umstand, dass erst Jahrhunderte später sich die nächsten Quellen finden, in denen der Salmann in ähnlicher Funktion auftritt. [37]) Von einer Kontinuität der Entwicklung könnte jedenfalls nicht mehr gesprochen werden, und zwar umso weniger, als bereits in den der salischen Einung zunächst stehenden Quellen die Abkehr von der Einschaltung des Salmannes bei Erbvergabungen klar zu erkennen ist. Der Salmann wird dort in der Regel nur noch dann herangezogen, wenn es dem Veräusserer nicht möglich ist, die Vergabung persönlich vorzunehmen. [38]) Diese Abkehr steht mit der angeblichen Gewährschaftsfunktion des Salmanns in unmittelbarstem Widerspruch. Einspruchsrechte haben sich ja bis in das Ende des Mittelalters hinein erhalten, sodass für den Abbau des Salmanns nicht der mindeste Anlass bestanden hätte — wäre er wirklich für die Abwehr der Einsprachen zur Erbvergabung herangezogen worden. In keiner Weise entspricht es schliesslich dieser These, dass das im tit. 46 geregelte Einspruchsverfahren eine Anfechtung n a c h der Inhabung durch den Salmann und nicht etwa während der angeblichen Präklusionsfrist voraussetzt.

Aber auch sonst findet sich nicht der geringste Hinweis auf die Verschweigung von Drittansprüchen, die mit der Einschaltung des Salmanns verbunden gewesen wäre. Die Zeugen muss-

[33]) Vgl. hierüber die Literatur-Zusammenstellung bei Schönfeld a. a. O. S. 316/17/18

[34]) Richard Schmidt: Die Affatomie der Lex Salica, 1891, S. 74 f.

[35]) Franz Beyerle: Weinkauf und Gottespfennig S. 263 (Festschr. Alfred Schultze, Weimar. 1934)

[36]) ebenso — im Anschlusse an Schmidt — Auffroy: Evolution du Testament S. 158; Caillemer: Origine et développement de l'exécution testamentaire S. 43 a. A. schon früher Beseler: Erbverträge I 102

[37]) Beispiele bei F. Beyerle: a. a. O. S. 263 Anm. 1 und 2

[38]) § 6 Ziff. 2 lit. c

ten — wie bereits Geffken [39]) und Mayer-Homberg [40]) der These Schmidt's entgegen gehalten haben — einzig und allein den rechtmässigen Erwerb aufzeigen und nicht den unangefochtenen Besitz des Salmanns. Die Beweisfrage war demnach grundsätzlich dieselbe wie im späteren Liegenschaftsprozess (Vgl. § 16). Das Gesetz denkt dabei nicht einmal daran, dass der Salmann (dessen Funktion in der Abwehr von Einsprachen gegen die Vergabung bestanden haben sollte) als Gewährsmann in Erscheinung treten könnte.

Vor allem aber lässt sich der Gesetzestext mit der angeblichen Bedeutung des Salmanns nicht in Einklang bringen. Bereits die Fristbestimmung steht ihr entgegen. Denn wenn es darum gegangen wäre, Widerspruchsrechte auszuschalten, dann hätte man für den Salmannenbesitz eine Minimal- und nicht eine Maximaldauer vorgeschrieben, dann hätte es heissen müssen, der Salmann habe nach — nicht vor — zwölf Monaten (nach dem Tode des Erblassers) [41]) den Erben ihre Teile zuzuweisen. Es liegt in der Natur der Dinge, dass eine Verschweigungsfrist genau abgegrenzt wird; wie der unmittelbar der Affatomie vorausgehende tit. 45 der salischen Einung beweist, konnte das fränkische Recht auch in der Frühzeit keinen andern Weg beschritten haben. [42])

Die weiteren Literaturmeinungen [43]) fallen auf Grund der nachfolgenden Darlegungen dahin. Typisch ist die Gleichsetzung des Affatomieformalismus mit jenem der Adoption und die Nichtbeachtung des Umstandes, dass der Vergabende mit dem eigentlichen Bedachten nicht in rechtsgeschäftlichen Kontakt trat. Einzig Richard Schmidt hat die Unmöglichkeit dieser Identifizierung erkannt [44]), wobei er allerdings über das Ziel hinausschoss und jeden Zusammenhang der salischen Affatomie mit der Adoption bestritt.

---

[39]) Geffken: Lex Salica, 1898, S. 181

[40]) Edw. Mayer-Homberg: Die fränkischen Volksrechte im MA I 1912 S. 345

[41]) Man streitet sich darüber, ob die Frist von der Salmannbestellung oder vom Tode des Vergabenden an gelaufen habe. (Vgl. hierüber Schönfeld: a. a. O. S. 316 f.) Die vorstehenden Ausführungen haben die naheliegendere 2. Konzeption — bei der allein sich eine sinnvolle Erklärung der Zusammenhänge ergibt — zur Voraussetzung.

[42]) Die Mitmärker haben darin ihren Einspruch gegen Zuzüger innert 12 Monaten seit der Niederlassung anzubringen.

[43]) Insbesondere Heusler (Inst. II S. 623 f.), der dem juristischen Kern der Salmannbestellung am nächsten gekommen ist.

[44]) R. Schmidt: a. a. O. S. 53 ff.; auch Schwerin ist der Ansicht, dass der Salmann erst im Zusammenhang mit der Weiterbildung der Adoption zur Erbvergabung herangezogen wurde. (DPR S. 150)

Ohne Eingehen auf die Rechtsenwicklungsprobleme der damaligen einfachen Verhältnisse dürfte sich der tit. 46 kaum begreifen lassen. An die Spitze hat man die Tatsache zu stellen, dass sich die Adoption grundsätzlich auf einen einzigen Erben beschränkt haben musste. Mehrfache Kindesannahme hätte zu einer Zersplitterung des Hausvermögens und damit zur Zerstörung der Lebensgrundlage des Geschlechtes geführt, das der Adoptierende vor dem Aussterben bewahren wollte. Zu einer Wandlung der Anschauungen kam es mit der Christianisierung, welche die eigentliche Ursache der Adoption — die Sorge um die den Erben obliegenden Toten- und Ahnenpflege — zum Wegfall brachte. Für den Kinderlosen stand von da an mehr das Interesse am weitern Schicksal seines Vermögens im Vordergrund, sodass die Adoption jetzt weniger ihres familienrechtlichen Zweckes als ihrer erbrechtlichen Wirkungen wegen vorgenommen wurde.

Damit waren die Voraussetzungen gegeben, um das Bedürfnis zu wecken, den Nachlass verschiedenen Personen zuzuhalten. Familienrücksichten und wirtschaftliche Bedenken liessen die Entstehung eines derartigen Wunsches nicht mehr im Keime ersticken; denn dem Bedachten hatte die Zuwendung — im Gegensatz zum Adoptivsohn — nicht als ausschliessliche Lebensgrundlage zu dienen; sie trat vielmehr bloss zu seinem bereits bestehenden Vermögen hinzu und wurde diesem einverleibt. Infolge der überlieferten Uebung war aber nur die Bestellung eines einzigen Adoptivsohnes und Erben möglich, sodass die Form der Affatomie nicht ohne weiteres für die Erbvergabung an verschiedene Personen nutzbar gemacht werden konnte.

Mit Hilfe eines Salmanns behob man die Schwierigkeiten: Er wurde gemäss den Formen der Adoption bestellt und konnte deshalb nach dem Tode des Vergabenden als fiduziarischer Erbe über den Nachlass verfügen und ihn den eigentlichen Bedachten zuwenden. Bestätigt wird dieser Zusammenhang durch die Gegenüberstellung der Urfassung der Lex Salica und der ebenfalls in ursprüngliche Zeiten zurückreichenden — wenn auch später redigierten — Affatomiebestimmungen der Lex Ribuaria, welche die Einschiebung eines Salmannes nicht kannten. Während dort deutlich von einer Mehrzahl von Erben die Rede ist, [45]) denen der Salmann die verschiedenen Teile zu-

[45]) Der Salmann: «festucam in mallo ipso, ante duodecim menses ipsi, quos heredes deputavit, in lesum iactet, nec minus nec maius nisi quantum ei creditum est.» (Pactus legis Salicae tit. 46). Dieser — der Sammlung Germanenrechte entnommene — Text, ist derjenige der ältesten Ueberlieferung der Lex Salica. (Vgl. Germanenrechte Bd. 1, 2. Bearbeitung 1955, S. 9/10, hersg. K. A. Eckhardt.)

zuwenden hatte, wird hier offensichtlich nur an die Bestellung eines einzigen Erben gedacht. (vgl. Lex Rib. tit. 48 u. 49).

Die bisherigen Meinungen betrachteten die Form der Salmannbestellung als eine Erscheinung sui generis und setzten sie mit der Form der Erbenberufung in keine Beziehung. Von spezifischen Formen der Salmannbestellung ist aber in der Frühzeit nicht zu reden. Es kann keine Frage sein, dass die fiduziarische und mit Auflagen verbundene Rechtsübertragung der Urform der Treuhandschaft gebildet haben musste. Es war deshalb naheliegend, den Salmann als fiduziarischen Adoptivsohn zu bestellen, der dann die Verteilung des Nachlasses den Wünschen des Erblassers entsprechend vornehmen konnte. Einzig von hier aus ist auch das ausdrückliche Verweilen des Salmanns auf dem Hofe unter Ladung von Gästen, die er bewirtete, verständlich. Diese Förmlichkeiten können keine Neuschöpfungen darstellen, die eigens für die Salmannbestellung geschaffen worden sind; sie können nur den Eintritt des Adoptivsohnes und Erben in das Haus seines Adoptivvaters verdeutlicht haben, der sich als künftiger, unumschränkter Gewalthaber des Gutes zu erkennen geben musste.

Damit bietet uns die salische Affatomie ein einzigartiges Beispiel eines gewohnheitsrechtlichen Entwicklungsganges: Sie zeigt, wie die hergebrachten Rechtseinrichtungen unter grösstmöglichster Wahrung ihrer Formen weiter gebildet wurden und wie man die eingelebte Form dazu verwendete, neuen Rechtsinstituten die Legitimität zu sichern. Denn die Form — nicht der Wille — war das rechtserzeugende Moment des alten Rechts. [46])

c) Die Weiterbegebung des Nachlasses durch den fiduziarischen Erben an die Bedachten erfolgte ebenfalls in den Formen der Adoption. Das Gesetz spricht zwar nur vom gerichtlichen Zuwurf der festuca und erwähnt die anschliessende Gewaltübernahme durch die Bedachten nicht. Die Erklärung hiefür bietet das sachenrechtliche Prozessverfahren, auf das die Darstellung des Gesetzes zugeschnitten ist. Es wird sich im § 17 Gelegenheit geben, hierauf näher einzutreten.

Im Gegensatz zur Salmannbestellung stand bei der Aufteilung des Nachlasses durch den Salmann die Vorstellung einer Adoption oder Erbvergabung von Anfang an im Hintergrund. Der Salmann bediente sich ihrer Form, um die erforderlichen Verfügungen vorzunehmen. Differenzen gab es dabei infolge der Natur der Sache: Der Salmann musste über die ihm an-

[46]) Heusler: Inst. I S. 69 ff.
Brandt: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft 1940, S. 23 f.

vertrauten Grundstücke nicht von Todes wegen, sondern unter Lebenden verfügen.

Es drängt sich hiebei natürlich die Frage auf, weshalb es denn dem Adoptierenden nicht möglich gewesen war, diese Vergabung direkt vorzunehmen. Die Antwort hat schon Heusler gegeben: [47]) Während der Salmann das übernommene Gut gänzlich aufgibt und verteilt, will es der Erblasser Zeit seines Lebens noch nutzen. Verfügungen ohne gleichzeitige Aufgabe des Verfügungsgegenstandes konnten indessen nicht vorgenommen werden; der Satz «donner et retenir ne vaut» galt — wie später (§ 8) darzutun sein wird — auch im Liegenschaftsrecht. Nur wenn sich der Vergabende einen «Adoptivsohn» heranzog, brauchte er seinen Besitz nicht aufzugeben.

Damit gelangt man zur selben juristischen Begründung für die Einschaltung des Salmanns wie sie Heusler gegeben hatte. Die formale Rechtsnatur des Salmanns fasste er freilich anders auf, wie er auch nicht auf den Zusammenhang seiner Einschaltung mit der Aufteilung des Nachlasses unter mehrere Personen einging.

Bei dieser Sicht der Dinge kann das spätere Fallenlassen des Salmanns innerhalb der Erbvergabung nur darauf zurückgeführt werden, dass sich neben der Salmannbestellung noch eine andere, einfachere Möglichkeit herausgebildet hatte, Erbvergabungen vorzunehmen, ohne den Genuss am Gute zu verlieren. Wie noch auszuführen sein wird (§ 8), ist dies tatsächlich schon früh der Fall gewesen.

d) Damit dürfte sich gezeigt haben, dass der Grundstruktur der Adoption bzw. Erbvergabung die Einschaltung eines Salmanns fremd war. Aus dem Formalismus der Salmannbestellung des tit. 46 lässt sich dagegen ersehen, dass die Affatomie zwei Teile umfasst hatte: Einen gerichtlichen — bei welchem die festuca eine wichtige Rolle spielte — und eine Handlung auf dem vergabten Gute. Denselben Formalismus finden wir im Grundsatze auch beim Liegenschaftsgeschäft; *) nachdem die Affatomie als das erste Liegenschaftsveräusserungsgeschäft aufgezeigt werden konnte, erweist sich somit die Zweiteilung des Liegenschaftsgeschäftes nicht als spätere Entwicklung, sondern als dessen ursprünglichste Form. *) Wenn sich deshalb noch eine weitere Form der Liegenschaftsveräusserung feststellen lässt, die bloss in einer Grundstückshandlung bestanden hatte, dann kann es sich nur um eine spätere Weiterentwicklung handeln.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das germanische

[47]) Heusler: Inst. II S. 623

Liegenschaftsgechäft von der Rechtsbildungstechnik einfacher Verhältnisse her zu verstehen ist und dass man auf den gewohnheitsrechtlichen Entwicklungsgang abzustellen hat, der von den bestehenden Einrichtungen ausgeht, die alten Formen nach Möglichkeit beibehält, den Inhalt aber dem neuen Zwecke entsprechend verändert. Auf diese Weise hatte sich aus der Adoption die Erbvergabung herausgebildet, welche ihrerseits zum Anknüpfungspunkt für die Ausbildung des Liegenschaftsveräusserungsgeschäftes wurde. (Wir werden später noch zu einer wesentlichen Bestätigung dieser Sicht der Zusammenhänge gelangen: Nur sie gestattet nämlich, den Formalismus der Sala, die festuca-Reichung, befriedigend zu erklären.)

Der Formalismus der Erbvergabung verlor dabei seine Bedeutung als Cliché eines bestimmten Geschäftes und wurde zum Kleid einer ganzen Gruppe von Rechtsgeschäften, deren einzige Gemeinsamkeit ihre Bezugnahme auf denselben Geschäftsgegenstand, das Immobiliarvermögen, darstellte.

Vergleichsweise sei in diesem Zusammenhange an die Mancipation, das ursprüngliche römische Kaufgeschäft, welches an den res mancipi quiritisches Eigentum vermittelte, erinnert. Bekanntlich wurde sie ihrer Rechtswirkung wegen im Laufe der Zeit auch bei Veräusserungen ohne Kaufskausa angewandt, sodass eine Diskrepanz zwischen dem Rechtsschein und der dem Parteiwillen entsprechenden Kausa entstehen konnte. [48]) Nach aussen schien ein Kauf vorzuliegen, in Wirklichkeit wurde aus andern Gründen veräussert. Der Unterschied zur Entwicklung der germanischen Liegenschaftsveräusserung besteht darin, dass die Mancipation grundsätzlich stets Kaufgeschäft geblieben ist und, auch wenn sie bloss einen Kauf vortäuschte, als Kaufgeschäft aufgefasst wurde. [49]) Die Kausa des ersten germanischen Liegenschaftsveräusserungsgeschäfts, der Affatomie, verblasste hingegen, während sich seine Rechtsform verselbständigte, zur Form der Liegenschaftsveräusserung im allgemeinsten Sinne wurde und damit weder eine bestimmte Kausa vortäuschte noch den eigentlichen Beweggrund ihrer Vornahme erkennen liess. [50])

e) Im Zusammenhange mit der Wandlung des Gehaltes der altgermanischen Affatomie ist es im Laufe der Zeit gleichwohl

---

[48]) Ernst Rabel: a. a. O. Bd. 27 S. 327 ff.

[49]) Indem sich im weitern Verlaufe der Entwicklung die Form dem neuen Inhalte anpasste, trat später die alte Kausa freilich zurück und erhielt die (ursprünglich) dissimulierte Kausa rechtliche Relevanz. Rabel: a. a. O. Bd. 28 S. 373 f., 376 f.

[50]) Brandt: a. a. O. S. 23

zu gewissen Formveränderungen gekommen. Denn selbst bei der starrsten Form wird schliesslich ein ihr nachträglich eingeflösster Gehalt zu einer persönlichen Ausprägung führen (Vgl. Anm. 27). Beim ursprünglichen Charakter der Affatomie als einem rein familienrechtlichen Geschäft, dessen sachenrechtliche Nebenwirkungen noch keineswegs den Zweck ihrer Vornahme bildeten, musste die reale Einweisung dem Akte vor der Gerichtsgemeinde an Bedeutung nachstehen: Denn die Gerichts- und Kultusgemeinde war der Ort, an welchem man die Adoption, die ihrem Wesen nach einen kultischen Akt darstellte, vorzunehmen hatte.

Trotzdem war die Vornahme der Grundstückshandlung unerlässlich. Eine Adoptionserklärung unter Zustimmung der Gemeinde genügte der sinnlichen Denkweise der Germanen nicht zur Etablierung der künstlichen Kindschaft; sie verlangte darüberhinaus ihre greifbare Erkennbarkeit und Sichtbarmachung. Erst wenn sich der Adoptierte unzweideutig als Nachfolger des Adoptivvaters erwiesen hat, ist für eine gegenständliche Sinnesart das Verfahren beendet und die Adoption rechtsgültig.

Sobald der sachenrechtliche Gehalt der Affatomie in den Vordergrund getreten war, und sie sich zu einem blossen Liegenschaftsgeschäft entwickelt hatte, musste indessen eine Wandlung in der Akzentuierung der beiden Teile eingetreten sein. Während die Einweisung ursprünglich bloss der Dokumentierung der neuen Stellung des Adoptierten diente, bildete sie nun plötzlich den Z w e c k des Geschäftes; sie wurde damit zu seinem wichtigsten Bestandteile, vermochte man sich doch in einfachen Verhältnissen eine Sachübertragung ohne körperliche Uebergabe nicht vorzustellen. Entsprechend wurde sie jetzt in weit förmlicherer Weise vorgenommen, als in der eigentlichen Affatomie. Die feierliche Ueberreichung von Scholle und Zweig — welcher die salische Einung keine Erwähnung tut — wird jetzt von den Urkunden in den meisten Fällen bemerkt. Zudem erwähnen sie eine feierliche Verlassung des Grundstückes durch den Veräusserer, den exitus, eine Neuerung, die sich bei d e f i n i t i v e r Aufgabe inter vivos, angesichts des Bedürfnisses der Germanen, ihre rechtlichen Willensäusserungen so greifbar wie nur möglich aufzuzeigen, von selbst ergab. Die gewaltige Intensität des sinnlichen Denkens, welche hierin zum Ausdruck kommt, lässt dabei erahnen, wie sehr die reale Gabe, die Investitur, in den Mittelpunkt des Liegenschaftsgeschäftes gerückt war.

Da der Konsens der Gemeinde im Laufe der Zeit sich verflüchtigte und höchstens noch derjenige der Nachbarn sich erhielt, wurde anderseits der gerichtliche Akt nicht mehr mit Notwendigkeit gefordert. Er stellte im frühmittelalterlichen

Liegenschaftsverkehr keine Gültigkeitsveraussetzung mehr dar und hatte (primär) mehr kundmachende und stätigende Bedeutung. Demgemäss findet er sich auch keineswegs an das Gericht gebunden, vielmehr wird er auch in Kirchen wie überhaupt überall, wo viel Volk versammelt war, vorgenommen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn man sich gelegentlich mit der blossen realen Gabe begnügte und das Liegenschaftsgeschäft auf einen einzigen Akt reduzierte.

2. Kapitel

DIE RECHTLICHE QUALIFIKATION DER BESTANDTEILE DES LIEGENSCHAFTSGESCHÄFTES

I. Der Verfügungsakt

§ 4. Die herrschende Lehre und ihre Kritik

Anders als die Frage nach der ursprünglichen Gestalt des Liegenschaftsgeschäftes ist diejenige nach der rechtlichen Bedeutung ihrer Bestandteile, d. h. von Sala und Investitur, seit jeher umstritten gewesen.

Die älteste, durch die Verhältnisse des römischen Rechts beeinflusste Ansicht, wonach die Sala als obligatorischer Veräusserungsvertrag und die Investitur als Besitzübergabe aufzufassen sei, [51]) wurde zunächst durch diejenige von Beseler, [52]) Haiss, [53]) Stobbe [54]) und Heusler [55]) ersetzt, welche in der Sala den Eigentum vermittelnden Akt erblickten und für den Rechtserwerb der Investitur grundsätzlich jede Bedeutung absprachen.

Die heute vorherrschenden, einerseits auf Sohm, [56]) anderseits auf Brunner [57]) zurückweisenden Meinung erachten zwar die Investitur für den Eigentumserwerb als erforderlich, sehen aber gleichwohl in der Sala den eigentlichen Uebereignungsakt. [58]) Brunner und Schröder/Künssberg [59]) nehmen dabei an, dass der Investitur in beschränktem Sinne rechtsgeschäftliche Bedeutung zugekommen sei und dem relativen Eigentum, das die Sala vermittelte, absolute Wirkung verliehen habe, Sohm,

[51]) Zusammengefasst bei Heusler: Gewere S. 25 f.

[52]) Beseler: Erbverträge I 22 ff.

[53]) Haiss: Sala und Investitura §§ 1, 2, 5

[54]) Stobbe: DPR II S. 373

[55]) Heusler: Gewere 29 ff.

[56]) Auflassung: S. 96 f.

[57]) Brunner: Abhandlungen II S. 539; bereits vorher vertrat Bewer (Sala, Traditio, Vestitura. S. 79) eine analoge Ansicht.

[58]) Zweifel an dieser Auffassung äussert — wenigstens für die früheste Zeit — einzig v. Amira (Grundriss 3. A. S. 220)

[59]) Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 306

Gierke, [60]) Schwerin [61]) und Merk [62]) bezeichnen dagegen die Investitur bloss als Vollzugsakt der dinglichen Sala.

Obschon nach den letzterwähnten Autoren das dingliche Recht einzig durch die Sala übertragen wurde, bezeichneten sie die — angeblich rechtsgeschäftlich bedeutungslose — Investitur als notwendig für den Eigentumserwerb. Den innern Widerspruch suchte einzig Sohm auszuschalten, der Rechtserwerb und Rechtswirksamkeit auseinanderhielt und erklärte, das Eigentum werde zwar durch die Sala übertragen, trete jedoch erst mit der Investitur in Kraft.

Typisch ist für sämtliche Lehrmeinungen, dass sie zur Charakterisierung der Sala den dinglichen Vertrag heranziehen. Wie bereits Brandt [63]) gezeigt hat, stellt dies ein unglücklicher

---

[60]) Gierke: a. a. O. 270

[61]) Schwerin: Grundzüge 2. A. 113 f.

[62]) Merk: Die Grundstücksübertragung nach dem alamannischen Volksrecht. (Festschrift Ernst Mayer) S. 143 f. Ebenso: Schmidt, Wolfgang: Auflassung im Mittelalter nach niederrheinischem Recht S. 14 ff. Bewer: Sala, Traditio, Vestitura 1880, S. 79 f.

[63]) a. a. O. S. 19 f. Brandt hat sich als erster gegen die Verwendung des Begriffs des dinglichen Vertrages bei der Darstellung des germanischen Liegenschaftsrechts gewendet. (vgl. insbes. S. 25). Wenn er darüber hinaus auch gegen die Heranziehung des Begriffs des schuldrechtlichen Vertrages auftritt (vgl. dazu Heusler: Gewere 28), so kann ihm allerdings nicht gefolgt werden. So sehr es zutrifft, dass die moderne Dogmatik auf Elementen aufbaut, welche man sich im Frühmittelalter nicht im entferntesten bewusst gemacht hatte — die Existenz von Rechtsakten, welche der S a c h e n a c h mit modernen Rechtsbegriffen charakterisiert werden können, ist natürlich gleichwohl denkbar. Wesentlich bei der Verwendung der modernen Begriffe bei der Darstellung der alten Rechtsverhältnisse ist einzig, dass man sie stets bloss als (notwendige) V e r g l e i c h s m a s s t ä b e auffasst und nicht als Bewusstseinsinhalte der damaligen Zeit. Ungerechtfertigt und verfälschend wäre die Heranziehung der modernen Begriffe, wenn dem germanischen Rechte die Korrelate fehlen. Nach der Meinung Brandt's ist dies, wie angetönt, nicht nur hinsichtlich des dinglichen Vertrages, sondern — wenigstens im sachenrechtlichen Bereiche — auch hinsichtlich des Begriffspaares von schuldrechtlichem Vertrage und Verfügung der Fall: Die Natur des Geschäftsgegenstandes habe den rechtlichen Charakter von Veräusserungsvertrag und Sachübergabe bestimmt; je nachdem die Sache spezifiziert gewesen sei oder nicht, sei zum Eigentumsübergang noch die Besitzübertragung nötig gewesen. (S. 52 f.). Bestimmend für seine Ansicht — die er in keiner Weise belegt — ist das angebliche Fehlen des Traditionsgrundsatzes im germanischen Verfügungsrecht. (S. 43 ff., vgl. hierüber die bei Brandt cit. Lit. S. 44 insbes. Wieacker: Ztsch. d. Ak. f. DR. 1937, S. 75; Herb. Meyer: ibid. 1935, S. 53). Anlass zu dieser These hat bekanntlich die Ausgestaltung gegeben, welche die Liegenschaftsveräusserung in modernen Rechtsordnungen germanischen Ur-

Missgriff dar, der die Einsicht in die eigentlichen Zusammenhänge des germanischen Rechts verbaut. Die begriffsnotwendige Konsequenz des dinglichen Vertrages — der durch Savigny [64]) in die deutsche Rechtsdogmatik eingeführt worden ist und bekanntlich den übereinstimmenden Eigentumsübertragungs- und Empfangswillen der Parteien umfasst — stellt der Eigentumsübergang dar. Da er dogmatisch ein rechtlich selbständiger Vertrag ist, sind somit die Voraussetzungen, die zu seinem Abschluss führen, für seine Rechtsbeständigkeit ohne jede Bedeutung. Diese werden gesondert betrachtet und bilden, soweit ihnen rechtliche Relvanz zukommt, den Inhalt des obligatorischen Vertrages, der dem dinglichen Vertrag — welcher ja bloss den nackten Verfügungs- und Empfangswillen umfasst — begriffsnotwendig vorangehen muss. Sofern man deshalb die Sala als dinglichen Vertrag bezeichnet, sollte man auch diesen obligatorischen Vertrag nachweisen. Indessen findet sich davon nicht die geringste Spur, sodass sich die Vertreter dieser Salainterpretation darauf beschränken müssen, seine Existenz auf gut Glück hin anzunehmen. [65])

Wenn Sohm [66]) und Brunner [67]) ausführen, die Sala enthalte obligatorischen und dinglichen Vertrag zugleich, [68]) werden sie den Verhältnissen insofern etwas gerechter, als sie der Sala wenigstens keinen imaginären Rechtsakt vorausgehen lassen.

Da aber die Verquickung von obligatorischem und dinglichem Vertrag in einer einzigen Rechtshandlung rechtslogisch ausgeschlossen ist, setzt ihre These zwei Salabestandteile voraus, von denen eines den obligatorischen und das andere den dinglichen Vertrag darstellt. Ein entsprechender Nachweis wurde ebenfalls nie geleistet. Abgesehen davon ist es schlechthin unvorstellbar, dass das damalige primitive Rechtsdenken in einem geschlossenen Rechtsakte ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsbestandteil auseinandergehalten hatte.

Wäre die Sala als Verfügungsgeschäft aufzufassen, könnte man sie einzig mit dem Bargeschäft vergleichen, in welchem

sprungs erhalten hat. Weitaus naheliegender wäre es indessen, diese Ausgestaltung auf die symbolische Investitur zurückzuführen, die — gleicherweise wie das Institut der Gewere überhaupt — von Brandt ausser Acht gelassen wird.

[64]) Brandt: a. a. O. S. 67 ff.

[65]) v. Amira: Grundriss S. 220; Gierke: DPR II S. 268; auch Schwerin: Grundzüge 2. A. S. 113, sowie Schwind: DPR 1921, S. 319

[66]) Sohm: Auflassung S. 97

[67]) Brunner: RG d. Urk. S. 306

[68]) ebenso W. Schmidt: a. a. O. S. 14

Leistung und Gegenleistung unmittelbar einander nachfolgen und ein unteilbares Ganzes bilden. Allerdings würde eine Verschiedenheit bestehen bleiben: Während nämlich die dispositiv konzipierte Sala eine Rechtsverschiebung nach sich zöge, ohne dass die körperliche Gegenwart des Grundstücks erforderlich wäre, umfasst das Bargeschäft auch den realen Vollzug der Abreden. Am treffendsten wäre deshalb die von Beyerle gewählte Charakterisierung, der die Sala eine dingliche Einwältigung nennt. [69])

Die Bezeichnung der Sala als dinglichen Vertrag stellt aber mehr als einen terminologischen Mangel dar: Sie ist der übersteigerte Ausdruck dafür, wie wenig man sich bei den Untersuchungen über die Rechtsnatur von Sala und Investitur die Eigenart des ursprünglichen Rechtsdenkens bewusst gemacht hat. Man sprach von Eigentum und andern dinglichen Rechten, ohne sich vor Augen zu halten, dass man in frühgermanischer Zeit von der Erfassung des dinglichen Rechts als selbständige, geistige Grösse noch weit entfernt gewesen war. Nicht das R e c h t an der Sache, sondern die Sache in ihrer körperlichen Existenz bildete damals den Gegenstand des sachenrechtlichen Geschäftes. [70]) Von einer Scheidung von Besitz und Recht — welche die Konzeption der Sala als Eigentumsübertragungsakt voraussetzt — kann in jener Frühzeit noch keine Rede gewesen sein.

Darüber hinaus musste allein schon das Bedürfnis der Germanen nach genauester Verdeutlichung der Rechtsvorgänge die frühzeitige Herausbildung eines Verfügungsaktes ohne Praesenz des Verfügungsgegenstandes verunmöglicht haben. Jedenfalls ist es von vorneherein verdächtig, dass sich das frühmittelalterliche Liegenschaftsrecht stärker vom Gegenständlichen gelöst haben sollte, als das weitaus abstraktere römische Recht, wo bekanntlich die reale Sachtradition unabdingbares Erfordernis des Eigentumserwerbs war. [71])

Dass diese Aspekte des germanischen Liegenschaftsrechtes — welche natürlich nicht nur der Konzeption der Sala als dinglicher Vertrag, sondern auch derjenigen als dingliche Einwältigung entgegenstehen — übergangen wurden, ist umso erstaunlicher, als die bekannte Untersuchung Huber's [72]) über die Gewere die Sachgebundenheit des germanischen Sachenrechtsbegriffs klar zum Ausdruck gebracht hat. Noch in der Rechts-

---

[69]) Franz Beyerle: ZRG 47 S. 578 Anmerkung

[70]) Brunner: Abhandlungen II S. 536 Anm. 1

[71]) Hinsichtlich der spätrömischen sog. traditio per cartam vgl. § 12. Ziff. 2

[72]) Huber: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Berner Festschrift f. Halle, 1894; ebenso: Gierke: DPR II S. 187 ff.

bücherzeit nahmen — wie man weiss — die dinglichen Rechte nicht selbständig, sondern nur zusammen mit der Gewere am Rechtsverkehr teil; sie wurden mittelst der Gewere übertragen und erworben, verteidigt und erstritten. [73]) Aber wenn auch angesichts der beginnenden wissenschaftlichen Durchdringung des deutschen Rechts anzunehmen ist, dass das dingliche Recht in der Rechtsbücherzeit nicht mit seiner Form identifiziert, sondern abstrakt erfasst worden sein dürfte, so zeigt sich hieraus doch, dass wenigstens in der Frühzeit die dinglichen Rechte als Besitzesverhältnisse begriffen worden waren. [74])

Die Ethymologie des Ausdrucks «giwerida» steht zwar nicht mit Sicherheit fest; [75]) indessen ist es als durchaus möglich anzusehen, dass «gewere» schon von Anbeginn an die Bedeutung «Besitz» gehabt hatte. Eine Bestätigung hiefür bietet die Ueberlegung, dass der Besitz in den ursprünglichen Rechtsepochen eine zentrale Bedeutung gehabt haben musste. Die Anknüpfungspunkte jeder primitiven Ordnung bilden ja die bestehenden Gewaltsverhältnisse der Angehörigen der Rechtsgemeinschaft; ihre Anerkennung und Gewährleistung ist eine der ersten Aufgaben eines jeden rechtsschöpfenden Verbandes. Die Rechtswelt des Primitiven «ist die geheiligte Ordnung der Macht.» [76])

Der Besitz, als das markanteste Machtverhältnis in Bezug des Menschen zur Sache, musste demnach notwendigerweise der Hauptansatzpunkt der ursprünglichen Sachenrechtsordnung dargestellt haben. Nur in diesem Falle konnte er auch zur Form des dinglichen Rechtes geworden sein. [77])

Fraglos ist diese Bedeutung des Besitzes in jener Zeit, in der eine Sache nur in der Gewalt eines einzigen Rechtsgenos-

---

[73]) Huber: a. a. O. Gierke: a. a. O.

[74]) Vgl. Fr. Ernst Meyer: Zur Geschichte des Immobiliarrechts der deutschen Schweiz im 13.—15. Jhd. (Gierke's Untersuchungen Heft 131, 1921). Dass aus Huber's Entdeckung allein die im Text dargelegte Konsequenz gezogen werden kann, ist Meyer (S. 2 f., 36 f.) infolge seiner mehr juristischen als historischen Betrachtungsweise gänzlich entgangen. Er übernimmt deshalb kritiklos die Lehre von der frühzeitlichen Gestalt des Liegenschaftsgeschäfts und erklärt, dass erst später die Gewere zum Kleid des dinglichen Rechts geworden sei. Er gelangt auf diese Weise zu einem völlig widersinnigen Entwicklungsgange, der von der abstrakten zur konkreten Rechtsform führt.

[75]) Siebs in Gillis: Gewährschaftszug und laudatio auctoris S. 100 ff.; Deutsches Rechtswörterbuch Bd. IV S. 635; Vgl. Rennefahrt: Bernische Rechtsgesch. II. I Teil S. 277 Herbert Meyer: ZRG 48 S. 548

[76]) Franz Beyerle: ZRG 47 S. 568; Schwerin: Germ. RG 1936 S. 23 f.

[77]) Vgl. für das Folgende Huber: a. a. O. Heusler: Gewere S. 50 f., 62 ff.; Schwerin: Germ. RG 1936 S. 12 f., 183 f.

sen zu sein pflegte. Besitzer und — modern gesprochen — Eigentümer, Besitz und Eigentum waren sich damals identisch. Anders wurden die Verhältnisse erst mit dem Aufkommen von Teilgewalten. Bei einer ausgeprägt gegenständlichen Denkweise liegt es aber auf der Hand, dass man auch diese Teilgewalten in ihren Aeusserungsformen festhielt und sie als verschiedene Arten des Besitzes auffasste. Die Differenzierung von Recht und Besitz wurde dadurch nicht vorausgesetzt. Sie fasste erst viel später im Rechtsdenken Fuss, als die Gewere bereits die altüberlieferte Verkehrsform der dinglichen Rechte, d. h. das Kleid der dinglichen Rechte — wie Eugen Huber formulierte — darstellte.

Das Aufkommen verschiedener Gewalten an einer Sache musste freilich zu einem neuen Besitzesbegriff geführt haben, der nicht lediglich die dauernde körperliche Innehabung umfasste. Das Kriterium, welches auf sämtliche damals praktischen Sachgewalten zutraf, war die Nutzung, welche bekanntlich auch den Inhalt der Gewere zur Rechtsbücherzeit ausmachte. Für unsern Zusammenhang ist freilich nur bedeutungsvoll, dass seit Urzeiten die Gewere die Form des dinglichen Rechts dargestellt hatte, denn damit erweist sich jener Teil des Liegenschaftsgeschäfts als eigentumsübertragender Akt, der den Uebergang der Gewere zur Folge hatte. Und das war — wie unbestritten ist — nicht die Sala, sondern die Investitur. Dies soll im Einzelnen noch näher aufgezeigt werden.

§ 5. Die Investitur als rechtsgeschäftliche Sachtradition

Die für die Frühzeit von vorneherein zu erwartende Erfassung des Rechts an einer Sache im Besitz steht nicht nur wegen der Gegenständlichkeit des germanischen Rechtsdenkens ausser Frage, sondern auch wegen der Ausgestaltung der Investitur.

Alle Erfordernisse, die für einen rechtsgeschäftlichen Akt im Mittelalter wesentlich sind, finden sich bei ihr vereinigt: Die feierlichen Erklärungen, die symbolischen Handlungen und die Anwesenheit von Zeugen. Augenfällig wurde das Gut dem Erwerber ausgehändigt unter Darreichung von Grundstücksymbolen, mit nachfolgender Grenzbegehung und umständlicher Einweisung in Haus und Hof; augenfällig ergriff der Erwerber den Besitz, indem er den Türpfosten anfasste, Feuer in der Herdstelle anfachte etc. Mit grösster Sinnfälligkeit leistete der Veräusserer schliesslich Verzicht auf das Gut, indem er es ostentativ verliess und seine festuca wegwarf. Alle Handlungen wurden von Zeugen verfolgt, welche man in gewissen

Gegenden noch an den Ohren zupfte, damit ihnen die Vorgänge ja in Erinnerung blieben. Das ist nicht die Form, in welche man einen blossen Vollzugsakt kleidete. [78]) Nur bei einer rechtsgeschäftlichen Handlung sind solche Umständlichkeiten verständlich.

Aus dieser Ausgestaltung des Gewere-Erwerbsaktes ersieht man auch bestens, wie stark noch die Gewere mit der Vorstellung des körperlichen Besitzes verbunden gewesen war, d. h. wie wenig abstrakt der Begriff «Nutzung» noch im Frühmittelalter aufgefasst worden war. Es ergibt sich dies schon daraus, dass jeder Erwerb einer Teilgewalt Besitzerwerb voraussetzte, indem die der Teilgewalt entsprechende Nutzung — handle es sich nun um Niessbrauch, Leihe oder Pfandsatzung — nur bei körperlicher Inhabung ausgeübt werden konnte. Umsomehr war natürlich beim Eigentumserwerb, d. h. beim Erwerb der unumschränkten, ausschliesslichen Gewalt über eine Sache, die reale Sachtradition notwendig.

Diese ausgeprägt sinnliche Denkweise, die sich keiner abstrakten Grösse — wie Recht oder Nutzung — als Geschäftsgegenstand im Liegenschaftsverkehr bewusst war, spiegelt sich am eindrücklichsten in der Reinvestitur des früheren Besitzers im Anschlusse an den Rückforderungsprozess wieder:

Nach dem allein auf die realen Gewaltverhältnisse abstellenden, primitiven Rechtsdenken wurde derjenige, der seine Sache verlor, nicht als ein seines Besitzes verlustig gegangener Eigentümer betrachtet, sondern als ehemaliger Inhaber einer rechtsmässigen Sachgewalt, als ehemaliger Inhaber einer Gewere; er musste deshalb die Gewere erneut ordnungsgemäss erwerben, falls das Gericht seine Klage gegen dessen Entwender schützte. Das Gericht stellte nicht fest, bei welcher der beiden Parteien das E i g e n t u m lag, sondern, wem die Sachgewalt rechtens zukommen sollte. Einzig von hier aus erklärt sich die absonderliche Erscheinung, dass die Rückgabe des Grundstückes im Anschlusse an den Liegenschaftsprozess in förmlicher Investitur zu erfolgen hatte. Für ein modernes Rechtsdenken ist es unverständlich, dass der siegreiche Kläger — dessen Eigentum eben festgestellt worden sein musste — nicht in formloser Weise von seinem Gute wieder Besitz ergreifen konnte.

Sobald man sich vergegenwärtigt, dass das Eigentum vorstellungsmässig nur als rechtmässiges Gewaltsverhältnis erfasst wurde, leuchtet es aber ohne weiteres ein, dass zwischen der Rückgabe im Anschlusse an einen Prozess und der Gabe auf

[78]) Sandhaas: Germanische Abhandlungen, 1852. S. 66

Grund einer Gegenleistung gar kein grundsätzlicher Unterschied bestanden haben konnte, dass vielmehr hier wie dort ein Veräusserungsgeschäft vorgelegen haben musste. Tatsächlich stimmen denn auch prozessuale und ausserprozessuale Tradition strukturell völlig miteinander überein. [79])

Ausserprozessuale Veräusserungen	Prozessuale Veräusserungen
Bitterauf No. 540 a. 827	Bitterauf No. 186 a. 802
a.	
Haholt tradidit propriam hereditatem suam totum ex integro in eo loco que dicitur ad P. ad casa sanctae Marie F... Isti praesentes aderunt et legitime testes per aures tracti sunt...	Tunc convictus cum lege et iustitia Reginpertus de praesente reddidit advocato ipsius ecclesiae et archipresbitero ipsius espiscopi Ellannodo loca nuncupata Allingas... ut amplius eas possiderent praesules loci ipsius absque ulla contradictione evindicatas iure perpetuo. Et ita finita est contentio coram resedentibus et adstantibus multis et testes usu Baiouuariorum per aures ex utrisque partibus tracti, ut amplius exinde finita esset contentio. (Zeugennamen). Actum et confirmatum est hoc in loco publico Frigisinga in mallo publico...
b.	Bitterauf No. 187 a. 802
Item commemorationem facimus illorum hominum qui ibidem ad vestitura praesentes fuerunt in illo loco ad P. Presstitit missus Hittoni episcopi Liutprant Hoholti misso nomen Arpeo cum omnibus ibidem adiacentibus. Similiter missus legitimus Haholti nomine Arpeo vestivit Liutprandum de suo proprio quod ibi habere videbatur totum ex integro nihil praedimisit, ut supra condictio firmiter permaneret. Haec sunt qui hoc viderunt et audierunt...	Isti sunt testimonia et veraces testes extiterunt de res ecclesiarum Frigisiensis quas reddidit Reginpertus in loco qui dicitur Allinga. (Zeugennamen).

[79]) Gal: Prozessbeilegung nach fränk. Urk. d. VII.—X. Jhd., Gierke's Untersuchungen Heft 102, 1910, S. 13 f.

Ausserprozessuale Veräusserungen	Prozessuale Veräusserungen
Bitterauf No. 547 a. 827	Bitterauf No. 142 a. 791
b.	
Quicquid proprietatis ad ipsam parte pertinere ad E. videretur propriis manibus ipsa E. et fratri suo Piligrimo manus suas iniacente pro remedium animarum suarum et genitorum ipsorum firmiter in capsam sancte Mariae et in manus venerabilis viri Hittonis episcopi communiter tradiderunt ... Istis testibus confirmatum ...	Fuit haec contentio tribus diebus ... Tertio quoque die iam dicti Egilolf et Hiltiport legitime convicti reddiderunt ipsam ecclesiam in manus Eioni presbiteri et suorum coheredum evindicantium cum eo ipsam ecclesiam duas partes pertinentes in omnibus rebus ipsius ecclesiae et alii conmarcani de alia parte similiter fecerunt et cum concordia inter se hoc confirmaverunt ... Et haec testes sunt qui hoc ... viderunt ...
f.	
Proinde transmisit Hitto episcopus legaliter missum suum R. archipresbiterum ad ipsum locum ad A. ut vestituram legaliter accepisset ibidemque veniente R. inprimis Piligrim per funiculum signi ecclesiae legitime R. archipresbiterum vestivit et de parte sororis suae E. similiter de ipso vesivit, ... Qui praesentes fuerunt testimoniales et ipsam vestituram viderunt ...	Tunc enim inde redierunt ad propria et perfecerunt omnia sicut legitime debuerunt eo modo, ut die condicto convenerunt omnes ad ipsam ecclesiam ipsique Egilolf et Hiltiport adprehensum pallium altaris et reddiderunt duas partes rebus ipsius ecclesiae cum altare ... Hoc peractum testes adhibuerunt quorum nomina haec sunt ... Hoc actum est cum consensu Attonis episcope et omnium qui partem aliquam in eadem ecclesia habere videbantur.
Bitterauf No. 556 a. 828	Baluze: Capitularia regum francorum II (1677) S. 1468 a. 858
a.	
... ego peccator nomine A. ... quicquid proprie herditatis vel adquisitionis habui in	(der Beklagte) per suum wadium ipsi A. archiepiscopo vel suo advocato propriis

Ausserprozessuale Veräusserungen	Prozessuale Veräusserungen
loco que dicitur O... omnia in omnibus firmiter tradidi in capsa sancte Marie, ut ab hodierno die in vestitura et potestate vel tuitione permansisset domui sancte Marie ad F....	reddidit manibus, et suum missum F. nomine in sua advocatione dedit W. advocato praefati episcopi ut super ipsas res quas ipse reddidit veniret et legalem vestituram in omnibus faceret. [80])

c.

Sequenti vero dominico die .. Hitto episcopus misit advocatum suum R., ut legaliter vestituram acciperet ipsius rei. Et ipse advocatus R. cum turma plurima nobilium virorum advenit et illum supradictus A. legaliter per postem et superliminarem domus de suo iure et potestate in iurem et potestatem sancte Marie ad F. vestivit, ut ibidem perpetualiter permansisset. Exeunte autem A. introduxit R. advocatus episcopi C. presbiterum et ipse C. monahus ibidem in domo legaliter sedebat tribus diebus et tribus noctibus. Et isti sunt qui ipsam vestituram peractam in praesentia viderunt...

Hier wie dort folgt der Uebergabeerklärung die Investitur nach und zwar die legalis vestitura, [81]) was nichts anderes bedeuten kann als die gesetzlich geforderte Investitur [82]) (Vgl. unter § 6 Ziff. 1) Desgleichen finden sich hier wie dort Investiturbürgen, welche die Notwendigkeit der Vornahme der Investitur in besonderer Weise dartun (Vgl. unter § 6 Ziff. 2).

Ausserprozessuale Veräusserungen	Prozessuale Veräusserungen
Bitterauf No. 440 a. 820 (?)	Bitterauf No. 437 a. 820
...omnia in omnibus firmiter tradidi ad domum sanctae	Tunc videbat, quod nequaquam contradicere vel defen-

[80]) vgl. hiezu noch Bitterauf No. 475 a. 822; 585 a und b a. 829; 626 a a. 837; 670 a. 845. Cart. de l'abbaye de Beaulieu Nr. 27 a. 870 (Loersch/Schröder 3. A. No. 57). Weitere Beispiele bei Hübner Immobiliarprozess S. 228 ff. Später wurde der siegreiche Kläger durch das Gericht investiert: Bewer a. a. O. S. 86 f.

[81]) Vgl. noch Bitterauf 337 a. 815, 400 b a. 819; 558 a. 828; Urk. d. dtsch. Karolinger I No. 66 a. 853? Cart. de l'abbaye de Beaulieu No. 27 a. 870.

[82]) etwas anders: Sohm: Auflassung S. 90; Heusler: Gewere S. 41 f.; 483

Ausserprozessuale Veräusserungen	Prozessuale Veräusserungen
Mariae ad Frigisingas, ut ab hodierno die ibidem firmiter cum omni integritate traditum permaneat ... Haholf fideiussor istius traditionis. (Zeugen).	dere poterat, sed suis licet sermonibus convictus nullam potestatem tradere habendi et reddidit ipsam eclesiam cum omni vestitura ad praedictum domum in manus Hittonis episcopi Fideiussores: Keidrih, Alprih praesentibus istis ...
Bitterauf No. 621 a. 836	Bitterauf No. 466 a. 822
... ego A. et filius meus I. tradidimus unam colonicam ad domum s. Mariae et mancipia VI ... Et econtra accepimus in ipso loco ad A. quod quidam presbiter tradidit ad domum s. M. ad F. nomine P. et pro hoc censuimus ad vitam nostram denarios II. Fideiussor vestiture C ...	Ille autem videbat quod nequaquam optinere poterat quod volebat, sed iusto iudicio convictus atque confusus reddidit ipsam ecclesiam cum omnibus ad eam pertinentibus in manus ... episcopi et defensoris sui E. Regino fideiussor omnia similia wadiavit. Regindeo, Hitto, Heipo, Cotefrid fideiussores ... [82a)]

Die einzige Verschiedenheit zwischen diesen beiden Veräusserungen besteht darin, dass die eine freiwillig, die andere gezwungenermassen vorgenommen wurde.

Dass die Uebertragung der (rechtmässigen) Sachgewalt tatsächlich als Rechtsgeschäft aufgefasst wurde, beweist die Einführung der sog. symbolischen Investitur. Sie ersetzte die reale Investitur und erlaubte damit einen bequemeren, vom Grundstück losgelösten Liegenschaftserwerb. Dass eine solche symbolische Investitur geschaffen wurde, zeigt, dass die reale Investitur ein rechtsgeschäftlicher Akt gewesen sein musste. Denn wäre ihr lediglich vollziehende Bedeutung zugekommen, hätte das Bestreben, den Grundstücksakt fallen zu lassen, zu ihrer Ausschaltung und nicht zu ihrer symbolischen Vornahme führen müssen. Bei einer gegenständlichen Rechtsvorstellung ist die Ausbildung der symbolischen Investitur im Zusammenhang mit der Lösung des Liegenschaftsgeschäfts vom Grundstück sehr folgerichtig und stellt den Ausdruck eines Zwischenstadiums im Vergeistigungsprozess der Rechtvorstellungen dar.

Die symbolische Investitur — von der weiter unten im Ein-

[82a)] vgl. auch Cart. de l'abbaye de Beaulieu No. 27 a. 870

zelnen die Rede sein wird — erklärt auch die Weiterentwicklung des Streitbeilegungsverfahrens. In der Rechtsbücherzeit stand nämlich nicht mehr die prozessuale Veräusserung, sondern der sie seit jeher begleitende Verzicht auf künftige Anfechtung des Besitzes der siegreichen Partei im Vordergrund dieses Verfahrens. [83]) Während der Verzicht früher zur prozessualen Veräusserung hinzutrat, folgte nunmehr die prozessuale Veräusserung — sofern sie überhaupt noch in Erscheinung trat — dem Verzichte nach. Der Grund liegt darin, dass es infolge der symbolischen Investitur, welche die konkrete Sachübergabe durch eine abstrakte, symbolische ablöste, möglich war, das Veräusserungsgeschäft in allen Teilen ausserhalb des Grundstücks vorzunehmen, was zu einer von der konkreten Sachvorstellung befreiten, selbständigen Erfassung des dinglichen Rechts führte. Zur Rechtsbücherzeit hatte man in der symbolischen Investitur primär schon längst einen Rechts- und nicht mehr einen Sachübertragungsakt erblickt. [84]) Damit musste aber das Verständnis für eine prozessuale Veräusserung zurückgehen, weshalb sie auch nur noch als Zusatz innerhalb des Prozessbeilegungsverfahrens in Erscheinung trat und — wie es immer wieder in den Urkunden heisst — bloss für den Fall vorgenommen wurde, dass der unterlegenen Partei doch noch irgendwelche Rechte zustehen sollten. [85]) Demgegenüber

---

[83]) Vgl. UB der Stadt Basel III No. 27 und 49, beide a. 1291

[84]) Vgl. hiezu das Cartulaire Lyonnais (Lyon 1885/93, ed. M. C. Guigue), das diese Sachlage in besonders zahlreichen typischen Beispielen zu erkennen gibt: z. B. Bd. 3 No. 344 a. 1239 (ausserprozessuale Veräusserung): «Devestivit se de omni jure quod habebat vel habere poterat in dicto manso, et dictam domum investivit corporaliter de eodem» (das investire corporaliter ist eine Redensart jener Zeit für die symbolische Investitur). No. 437 a. 1249: «Devestiverunt se venditores de rebus supradictis et dictum dominum investiunt, vel quasi, corporaliter de eisdem, eundem in possessionem eorumdem corporalem et vacuam inducendo, et totum jus et dominium quod in eis habebant in eundem dominum transferendo.»

[85]) UB Basel III No. 27 a. 1291; In «Der Geschichtsfreund», Mitteilungen d. hist. Vereins der 5 Orte Luzern, Uri etc., Bd. 4 (1847) S. 116 f. a. 1295 wird eine umstrittene Schenkung von den Erben des Vergabenden durch Wiederholung ausdrücklich anerkannt: «Nos ... predictam silvam E., cum suis juribus, attinentiis ... denuo resignauimus, alienavimus, et publice ac sollempni stipulatione adhibita tradidimus Cenobio in Ebersegga. Et nichilominus, paternum morem inmitantes, rursum devestivimus nos nostrosque coheredes de re prescripta, et Moniales de ipsa investimus, protestantes publice viva voce et hiis scriptis, quod nec nobis (noch sonst einem Erben) quicquam juris remansit in silva E., vel in suis novalibus et attinentiis, si enim aliquid jus in ipsis hactenus habebamus, vi presentium resignamus...»

büsste der die Veräusserung begleitende Verzicht trotz der Wandlung der Rechtsvorstellung nichts von seiner Bedeutung ein, sodass er an Stelle des prozessualen Veräusserungsgeschäfts in den Vordergrund treten musste.

Die ursprünglich unlösbare Verbindung von dinglichem Recht und Sache sowie der notwendig dingliche Charakter der Investitur dürfte damit nachgewiesen sein.

§ 6. Das Obligatorium der Investitur

1. Allgemeine Bemerkungen

Je nachdem die Investitur als Vermittlerin des dinglichen Rechts oder lediglich als Vollzugsakt konzipiert wird, ergeben sich verschiedene Konsequenzen für das Rechtsleben. Diesen Erscheinungen soll nachfolgend nachgegangen werden, stellen sie doch die Prüfsteine für die Richtigkeit des bisherigen Ergebnisses unserer Arbeit dar.

Wäre die Investitur — wie gelehrt wird — ein für den Rechtsübergang unwesentlicher Vollzugsakt gewesen, hätte sie nur fakultative Bedeutung haben können. Die Unterlassung ihrer Vornahme hätte dem Erwerber nicht schaden können, vorausgesetzt, dass die Sala, welche nach der Doktrin allein den Rechtsübergang bewirkte, formgerecht vorgenommen worden ist. Der Erwerber hätte auf Grund der Sala insbesondere in der Lage sein müssen, ohne jede Umständlichkeit selber vom Grundstück Besitz ergreifen zu können. Zum mindesten hätte ihm der Veräusserer die Besitzergreifung nicht verwehren können. Es wäre jedenfalls sinnlos, ihn als Eigentümer anzusprechen, wenn er sich von einem bloss obligatorisch berechtigten Erwerber nicht unterschieden hätte.

Diesen Zusammenhang hatte bereits Bewer [86]) klar erkannt, weshalb er — in der Sala den Verfügungsakt erblickend — annahm, dem Erwerber habe eine solche Selbsteinwältigungsbefugnis zugestanden. Seine einzige quellenmässige Begründung stellen die Urkunden des Fuldaer Schreibers Asker dar, welche er aber falsch verstanden hat. [87])

Demgegenüber lassen sich zahllose Belege finden, die eindrücklich aufzeigen, dass die zweiseitige Investitur notwendiger Bestandteil des Liegenschaftsgeschäftes war. Vorab sei auf die bereits angetroffenen Wendungen wie legalis vestitura und legaliter vestituram accipere (Vgl. oben § 5) hingewiesen, welche u. E. die Vornahme der Investitur eindeutig als gesetzliches Erfordernis erkennen lassen.

---

[86]) Bewer: a. a. O. S. 81 f.

[87]) Brunner: RG d. Urk. S. 228 f.

Zwingend ergibt sich ihre gesetzliche Notwendigkeit indessen aus der Tatsache, dass sie immer wieder durch Bürgen oder andere Gewährsleute sichergestellt wurde. Denn was wären solche Massnahmen noch notwendig gewesen, wenn der Erwerber im Anschlusse an die Sala die Befugnis gehabt hätte, sich selbständig in den Besitz des Gutes zu setzen. Auf diese Sicherstellungen ist deshalb näher einzutreten.

2. Die Investiturbürgen

a) Typisch für den altdeutschen Rechtsstreit ist bekanntlich das Urteilserfüllungsgelöbnis, welches die unterlegene Partei im Anschlusse an den Urteilsspruch zu leisten hatte. Bei Liegenschaftsprozessen war dieses Urteilserfüllungsgelöbnis mit dem Rückgabeversprechen identisch, d. h. mit dem gerichtlichen, obligatorischen Teil des prozessualen Veräusserungsgeschäfts. Es wird von diesen Zusammenhängen weiter unten die Rede sein. Urteilserfüllungsgelöbnisse waren in der Form der Bürgschaftswette gekleidet. [88]) Auch das Rückgabeversprechen im Liegenschaftsprozess stellte deshalb nichts anderes dar, als eine Bürgschaftswette. Die Rückgabe der Sachgewalt, d. h. die Investitur, wurde also bei den innerhalb des Streitbeilegungsverfahrens abgegebenen Uebergabeversprechen verbürgt. Selten traten Bürgen oder fideiussores bei a u s s e r prozessualen Liegenschaftsgeschäften auf. Doch wird dadurch die fehlende Selbsteinwältigungskompetenz des Erwerbers nicht in Frage gestellt. Denn wenn es nicht einmal dem siegreichen Kläger möglich gewesen war, sich eigenmächtig in den Besitz seines Gutes zu setzen, dann konnte dies dem ausserprozessualen Erwerber noch weit weniger gestattet gewesen sein. Wenn sich im ausserprozessualen Geschäft nur hin und wieder die Verbürgung der Investitur feststellen lässt, [89]) so hat dies seinen besonderen Grund:

Zwischen den Parteien bestand im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ein ganz anderes Vertrauensverhältnis als zwischen den Prozessgegnern. Die elementare Leidenschaftlichkeit, mit der man vor und während des Prozesses seine Ansprüche verteidigte, [90]) liess die hasserfüllte Atmosphäre, welche den Streit umlagerte, nur langsam verflüchtigen. Ohne weiteres traute man der unterlegenen Partei zusätzliche Schlechtigkeiten zu, sodass die Verbindung des Erfüllungsversprechens

---

[88]) § 10 Ziff. 3

[89]) Vgl. z. B. Bitterauf No. 417 a. 819; 439 a. 820; 442 a. 821; 472 a. 822; 543 a. 827; 546 a. 827 u. a.

[90]) F. Beyerle: ZRG 47 S. 640

mit einem Garantiegeschäft selbstverständliches Erfordernis war. Im gewöhnlichen Geschäftsverkehr waren solche Sicherungsmassnahmen aber nicht nur wegen der gänzlich anders gearteten Vertrauensverhältnisse, sondern auch deswegen entbehrlich, weil die Investitur zumeist sofort im Anschlusse an die Sala vorgenommen wurde, was ein Bedürfnis zu ihrer Sicherstellung gar nicht entstehen liess.

Nun ist freilich einzuräumen, dass es keineswegs sicher ist, ob man überall, wo fideiussores zur Sala herangezogen wurden, von Bürgen im modernen Sinne sprechen kann. Unter fideiussor hat man in erster Linie einen Salmann zu verstehen, d. h. einen Gewährsmann, der im Interesse beider Parteien zum Geschäfte zugezogen worden ist. Seine Funktion kann jener eines Bürgen entsprechen, doch ist sie vielfach eine andere, z. B. jene eines Stellvertreters oder Treuhänders.

Für das damalige Rechtsleben haben aber solche Differenzierungen keine Rolle gespielt. Der Fideiussor war nicht der Sammelbegriff für verschiedene Rechtsinstitute. Man erblickte in ihm einen Gewährsmann, der in der verschiedensten Weise für die ihn beiziehenden Parteien tätig sein konnte. Für uns ist es deshalb müssig, seinen einzelnen Aufgaben und Einsatzmöglichkeiten nachzugehen; es genügt zu wissen, dass er zur Gewährleistung der Investitur zum Liegenschaftsgeschäft herangezogen worden ist, was das Fehlen jeder Befugnis eines Erwerbers, sich selbständig in den Besitz eines erworbenen Gutes zu setzen, beweist.

b) Nun wird freilich behauptet, die Salleute seien nicht zur Sicherung der Investitur, sondern zur Garantierung des ungestörten Besitzes zur Sala herangezogen worden; sie hätten dafür einstehen müssen, dass der Veräusserer den Besitz des Erwerbers stets respektieren und bei Anfechtung von dritter Seite verteidigen werde. [91])

Tatsächlich ist den fideiussores verschiedentlich diese Aufgabe zugekommen, [92]) doch ist es selbstverständlich, dass sie in diesem Falle auch für die Vornahme der Investitur eingestanden waren: Denn die Garantie des ungestörten Besitzes und der Gewährschaftsleistung setzt diejenige des Besitz e r w e r b e s voraus.

Dass die Funktion des Bürgen in der Investiturgarantie bestand, lässt sich zudem unmittelbar aufzeigen. So verrät bereits die übliche Bezeichnung als «fideiussores investiturae» oder «traditionis», dass sie primär die Vornahme der Einweisung zu

[91]) Gillis: Gewährschaftszug und laudatio auctoris S. 14

[92]) Vgl. Anm. 445

gewährleisten hatten. Wo der «fideiussor investiturae» als Vollstrecker des letzten Willens eines Erblassers auftritt, ist eine weiterreichende Sicherheitsleistung geradezu ausgeschlossen.

Ausdrücklich spricht sich über seine Funktion, wie schon Schröder/Künssberg hervorgehoben hat, [93]) das Kapitular von 818/19 c. 6 aus: «et fideiussores vestiturae donet qui ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat.»

Ebenso deutlich ist Bitterauf No. 398 b a. 818

> «sic in manus patruelis sui M. constituit, ut eo ipso die quo obitus sui ad sciendum venisset, potestative domum s. Marie vestitus.» (d. h. vestisset) [94])

c) Eine besondere Erläuterung bedarf die Erscheinung, dass der Salmann in bestimmten Fällen an Stelle des Veräusserers persönlich die Investitur vornahm. Dies war stets dort der Fall, wo der Veräusserer z. B. infolge Krankheit den Erwerber nicht persönlich zu investieren vermochte. Der Veräusserer konnte sogar auch die Sala durch einen Fideiussor vornehmen lassen. [95])

Befremdlich erscheint, dass dem Salmann Verfügungskompetenzen über das Gut zustanden, ohne dass er selber investiert worden war. Auszugehen ist doch von der Ueberlegung, dass derjenige, der über eine Sache rechtsgültig verfügen wollte, wenigstens dem Scheine nach eine dingliche Berechtigung besessen haben musste. Denn ebenso wie der Salmann in der salischen Einung zuerst als fiduziarischer Adoptivsohn und Erbe in Erscheinung zu treten hatte, um die Vergabung des Erblassers vollziehen zu können, dürfte er später zuerst die Gestalt eines fiduziarischen Eigentümers angenommen haben, um an Stelle des wahren Eigentümers eine Veräusserung vornehmen zu können. Anderseits kann es aber auch keine Frage sein, dass der fiduziarische Eigentümer nur eine Uebergangsform darstellte und dass die Entwicklung sehr bald zur Ausbildung von stellvertretenden Befugnissen der Salleute führen musste, ohne dass diese sich zuerst dem Scheine nach als Eigentümer zu etablieren hatten. Denn auch dem kranken und gebrechlichen Eigentümer, der sich nicht mehr selber auf entferntere

---

[93]) Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 308. Vgl. auch die bei ihm zit. Literatur, welche die Funktion des Bürgen ebenfalls in der Vornahme der Investitur erblickt.

[94]) Heusler: Gewere S. 478; Dazu: Bitterauf No. 417 a. 819: «Fideiussores S., A., C. ad vestituram seu firmitatem huius traditionis perficiendam.»

[95]) z. B. Bitterauf No. 324 a. 814; 378 a. 817; 435 a. a. 820

Liegenschaften begeben konnte, musste die Möglichkeit geboten werden, über seinen Besitzstand zu verfügen.

Eine urkundliche Bestätigung dieses Entwicklungsganges darf in der bekannten Formel aus der dem 7. Jhd. angehörenden Markulf'schen Sammlung [96]) erblickt werden, welche von einer Erbvergabung handelt. Der darin festgehaltene Formalismus ist nichts anderes als eine Weiterbildung des Affatomieformalismus der salischen Einung. Wie in der urtümlichen Quelle wird auch hier durch Schosswurf der festuca ein Salmann bestellt, der aber damit allein und ohne Investitur die Verfügungsberechtigung über die Vergabung erhält. Daran unmittelbar anschliessend gibt er die Vergabung an den Bedachten weiter.

Die Beiziehung des Salmanns erfolgte offensichtlich lediglich in Anlehnung an die altsalische Affatomie und nicht zum Zwecke der Befriedigung eines rechtlichen Bedürfnisses. Von einer fiduziarischen Eigentümerbestellung ist jedenfalls nicht mehr zu reden, nachdem die Investitur ja gänzlich fehlte. Schon gar nicht mehr erblickte man in ihm formell den Adoptivsohn und Erben des Verfügenden. Ansonst hätte dieser die Vergabung nicht an die Bedingung geknüpft, das Gut bis zu seinem Tode noch nutzen zu können. Hingegen kommen diesem Salmann eindeutig verfügende Kompetenzen zu, d. h. er ist verfügungsberechtigter Vertreter der Vergabenden. Damit stehen wir vor einem neuen, aus der fiduziarischen Eigentumsübertragung herausgewachsenen Rechtsinstitut.

Die Einsetzung eines Salmanns als fiduziarischer Eigentümer wurde damit nicht zu einer überholten Rechtsfigur. Man griff immer wieder zu ihr zurück, wenn sich dies als nützlicher erwies als die Bestellung eines Vertreters. In diesen Fällen musste aber natürlich die Investitur vorgenommen werden.

Das c. 6 des Capitulars von 803 gibt uns den entsprechenden Beweis und bringt damit gleichzeitig die Bestätigung, dass der zur Investitur Dritter befugte Salmann überall dort, wo er vorher selber nicht investiert worden ist, nicht als fiduziarischer Eigentümer, sondern lediglich als bevollmächtigten Vertreter des Veräusserers angesehen wurde.

Bei der Interpretierung des c. 6 des Capitulars von 803 hat man davon auszugehen, dass fiduziarische Eigentumsübertragungen besonders dort aktuell wurden, wo der Eigentümer sich für einige Zeit in die Ferne begab, sei es auf einen Feldzug oder auf eine grössere Reise. [97]) Es konnte in solchen Fällen einem Bedürfnis entsprechen, die Güter ganz oder teilweise

[96]) MGH Leg. Sectio V Formulae (K. Zeumer) S. 51 No. 13

[97]) Beispiele bei Heusler: Gewere S. 474 ff.

einem Treuhänder zu übergeben, der bei Bedarf in der Lage war, unumschränkt darüber zu verfügen. Zu denken ist auch, dass ein Treuhänder im Zusammenhang mit einer frommen Schenkung, wie sie vor Feldzügen und Reisen üblich waren, bestellt wurde, nämlich dann, wenn der Vergabende bei seiner Rückkehr die Schenkung noch Zeit seines Lebens nutzen wollte und die Nutzniessung event. auch seinen Kindern zu belassen wünschte. Der fiduziarische Eigentümer hatte die Liegenschaften dem wahren Eigentümer bei seiner Rückkehr zurückzugeben, bei seinem Tode in der Fremde aber die Vergabung an die Kirche vorzunehmen, event. unter Vorbehalt der Nutzniessung der Kinder des Verstorbenen. Nur so konnte in solchen Fällen der Kirche eine Vergabung zugehalten werden, ohne dass der Veräusserer Gefahr lief, bei seiner Rückkehr nicht in den Genuss der Nutzung zu gelangen. Denn hätte er ihr das Gut schon vor seiner Wegreise ausgehändigt, würde er bei seiner Rückkehr keine Handhabe bessen haben, es zur Nutzung heraus zu verlangen, weil er keine Gewere daran besass. Anderseits hätte für die Kirche keine Gewähr bestanden, in den Besitz der Vergabung zu gelangen, falls sie in Verwahrung der Erben geblieben wäre, da auch ihr die Gewere daran fehlte.

Die cit. Quelle behandelt nunmehr den Tatbestand, dass der Treuhänder starb, bevor der eigentliche Eigentümer zurückgekehrt war. In einem solchen Falle drohten von den Erben des Treuhänders Schwierigkeiten, da sie keinerlei Treuhandpflichten eingegangen waren und deshalb nicht zur Herausgabe des Gutes gezwungen werden konnten. Diese Lücke schliesst das Capitular, indem es vorschreibt:

> «Si vero aliquis alii res suas tradiderit et in hoste profectus fuerit, et ille cui res traditae sunt, interim mortuus fuerit, qui res suas tradidit, cum reversus fuerit, adhibitis testibus coram quibus traditio facta est res suas recipiat; si autem et ipse mortuus fuerit, heredes eius legitimi res traditas recipiant.»

Die Möglichkeit, dass der Veräusserer oder seine Erben beim Tode des Empfängers des Gutes, dasselbe an sich nehmen konnten, setzt freilich nicht zwingend voraus, dass der Empfänger ein Treuhänder gewesen sei. Es ist denkbar, dass die Uebertragung fehlerhaft gewesen ist und dass d e s h a l b die Rückgabe gefordert werden konnte. In einem solchen Falle hätte sich aber im Texte irgendeine Anspielung finden müssen, und es wäre unverständlich, weshalb diese Regelung eine

Liegenschaftsübertragung vor einem Feldzuge und den Tod des Empfängers voraussetzt. Diese Eventualität ist derart entfernt, dass sie fallen gelassen werden muss. Heusler [98]) und Hübner [99]) haben denn auch schon längst erkannt, dass der Empfänger des Gutes nur ein Treuhänder und nicht der wahre Berechtigte sein konnte.

Schröder/Künssberg ist anderer Ansicht und erklärt das Rücknahmerecht damit, dass die reale Einweisung unterlassen worden sei. Er muss deshalb unter «res» etwas anderes verstehen als das vergabte Gut und nimmt dementsprechend an, «res» bezeichne die Traditionsurkunde samt den event. Investitursymbolen. [100]) Abgesehen davon, dass sich nirgends sonstwo der Ausdruck «res» in dieser Bedeutung findet, geht sein Sinn in diesem Zusammenhang eindeutig aus dem vorangehenden Satz unserer Quellenstelle hervor:

> «Quis res suas pro anima sua ad casam dei tradere voluerit, domi traditionem faciat . . .»

Es liegt auf der Hand, dass im nachfolgenden «Si vero aliquis alii res suas tradiderit et in hoste profectus fuerit . . .» unter «res» ebenfalls Grundstücke zu verstehen sind [101]) wie in der vorangehenden Regelung frommer Schenkungen. Zugegeben ist, dass unsere Quellenstelle die Investitur des fiduziarischen Eigentümers und Treuhänders nicht expressis verbis festhält. Indem sie aber die Rückgabe der übergebenen Sache durch die Erben des Treuhänders an den wahren Berechtigten bzw. an dessen Erben regelt, setzt sie voraus, dass der Treuhänder daran die Gewere besitzt und dass er folglich investiert worden ist.

[98]) Vgl. hiezu Heusler: a. a. O. S. 481 f., dem aber in der Deutung nicht in allen Teilen gefolgt werden kann.

[99]) Hübner: Donatio post obitum S. 62

[100]) a. a. O. S. 308 und Anm. 60

[101]) dazu Konrad Beyerle: ZRG 51 S. 386 f. Die Unhaltbarkeit der Auslegung Schröder/Künssberg's wird noch unterstrichen durch die Fragwürdigkeit ihrer Voraussetzungen. Ausgehend von der dispositiven traditio cartae nimmt er an, das c. 6 beziehe sich auf eine traditio per cartam, die innerhalb der Grafschaft, aber ausserhalb des Gerichtssprengels vorgenommen worden sei. In diesem Falle habe die blosse traditio cartae nicht mehr genügt, vielmehr sei auch die Investitur zur Eigentumsübertragung erforderlich gewesen. Sofern deshalb eine Partei starb, bevor die Investitur vorgenommen worden war, hätte man die Urkunde zurückverlangen können.
Abgesehen davon, dass von einer dispositiven Urkundenbegebung im germanischen Recht keine Rede ist, findet sich weder hier noch sonst wo ein Beleg, dass für Veräusserungen «innerhalb der Grafschaft, aber ausserhalb des Gerichtssprengels» etwas anderes gegolten habe, als für Veräusserungen innerhalb des Gerichtssprengels.

3. Besondere Deutungen des Obligatoriums der Investitur

Das Obligatorium der Investitur lässt sich nur dann begreifen, wenn die Investitur noch etwas anderes war als ein blosser Vollzugsakt. Bis anhin ist ihr indes noch von keiner Seite eine zusätzliche Funktion zugeschrieben worden, die ihr Obligatorium rechtfertigen würde, ohne der dispositiven Konzeption der Sala zu widersprechen.

Von vornherein fällt die These von Haiss weg, [102]) der in ihr den Ausfluss des Bedürfnisses erblickt, die durch die Sala eingetretenen Rechtsveränderungen sichtbar zu machen. Er übersieht, dass Form und Rechtsakt sich gar nicht trennen lassen, und dass es ebensowenig formlose Rechtsakte gegeben hatte wie Formalakte ohne rechtlichen Gehalt. Abgesehen davon lässt sich von hier aus die Tatsache, dass die Investitur gesetzliches Erfordernis war, keineswegs begreifen.

Ihr Obligatorium bleibt auch dann unverständlich, wenn — wie Beseler meint [103]) — die Beseitigung faktischer Hindernisse ihre Funktion gebildet haben würde, hätte es doch hiefür bloss der Gegenwart des Veräusserers bedurft und nicht auch der umständlichen Förmlichkeiten und des Zuzuges von Zeugen. Völlig unverständlich bleibt bei diesem Sinngehalt die Investitur im Anschlusse an den Liegenschaftsprozess. Was sollte es da für faktische Hindernisse gegeben haben, wenn der siegreiche Kläger seinen vormals innegehabten Besitz wieder an sich ziehen wollte? Alles wusste ja, dass er gewaltsam entwert worden war und somit von Rechts wegen das Gut besitzen sollte.

Am Beispiel der Investitur im Anschlusse an den Liegenschaftsprozess scheitert überdies auch das letzte Argument, womit man die Investitur gelegentlich zu rechtfertigen sucht: Die Aufzeigung der Grenzen eines Betriebes. [104]) Es darf doch wohl angenommen werden, dass der Kläger über den Umfang des ihm entwendeten Gutes, das er vor Gericht zurückverlangte, orientiert war. Abgesehen davon erklärt natürlich die Notwendigkeit des Grenzumganges noch keineswegs die Notwendigkeit einer rechtsförmlichen realen Tradition mit feierlicher Verlassung.

Es bleibt somit keine andere Wahl, als das Obligatorium der Investitur auf deren dispositive Bedeutung zurückzuführen.

---

[102]) Haiss: a. a. O. S. 47 ff.

[103]) Beseler: Erbverträge I S. 28 ff.

[104]) Haiss: a. a. O. S. 44 ff. Merk: Grundstücksübertragung im alamannischen Volksrecht. S. 144

§ 7. Der Drittverkauf

Die abschliessende Bestätigung des Verfügungscharakters der Investitur bildet die Behandlung des Drittverkaufs. Ursprünglich wurde von hier aus die Frage der rechtlichen Bedeutung von Sala und Investitur behandelt und entschieden, wenigstens so lange, als die Auffassung Heusler's und Labands unbestritten war, dass bei Drittverkauf die frühere Sala das Entscheidungskriterium gebildet habe. [105]) Seit der Widerlegung durch Brunner [106]) ist diese Meinung indessen nicht mehr aufgegriffen worden.

Von mehreren Erwerbern einer Sache wurde demgemäss derjenige als Eigentümer angesehen, der zuerst investiert worden war. Seltsamerweise überging man jedoch die daraus sich ergebenden Konsequenzen, obschon vorher die gegenteilige Auffassung Heusler's und Laband's das Fundament für die dingliche Konzeption der Sala gebildet haben.

Freilich ist einzuräumen, dass die Ausführungen Brunner's sich z. T. auf seine sehr fragwürdige «investitura per cartam» stützen. Indessen lassen sich die Belege Heusler's auch ohne Rückgriff auf diese Lehre widerlegen. Denn wie Freundt [107]) gezeigt hat, geben sie — soweit man sie überhaupt mit unserer Frage in Zusammenhang bringen kann — ausnahmslos zu erkennen, dass die siegreiche Partei z u e r s t im Besitze der Sache gewesen ist.

Von grosser Bedeutung ist in diesem Zusammenhange das nordgermanische Recht. Es weist Gesetzesbestimmungen auf, welche festlegen, dass beim Drittverkauf derjenige Käufer die Sache an sich ziehen könne, der zuerst i n v e s t i e r t worden sei. Angesichts der spärlichen kontinentalen Quellen, welche zudem lediglich Privaturkunden und Gesetzestexte umfassen, erhalten diese nordgermanischen Regeln ein besonderes Gewicht. Im einzelnen wird davon später die Rede sein.

[105]) Laband: Die vermögensrechtliche Klage 1869 S. 272 f.

[106]) Brunner: Abhandlungen II S. 540 f.

[107]) Freundt: Wertpapierrecht I S. 175 f.

II. Das Verpflichtungsgeschäft

Unabhängig vom Ergebnis der bisherigen Untersuchung über die Investitur soll nachstehend auf den ersten Teil des Liegenschaftsgeschäfts eingegangen werden, auf die Sala. Um die Aufzeigung der Investitur als Verfügungsgeschäft zu bestätigen, würde es bereits genügen, wenn sich nachstehend nachweisen liesse, dass der Sala keineswegs dispositive Bedeutung zugekommen sein m u s s t e. Wir werden aber noch weiter gehen und in der Lage sein zu zeigen, dass die Sala gar nicht verfügende Funktion gehabt haben k o n n t e.

§ 8. Die Erscheinungsform der Sala

Unsere Untersuchung der Rechtsnatur der Sala soll von ihrer Erscheinungsform ausgehen, scheint doch gerade sie auf den angeblich dispositiven Charakter der Sala hinzuweisen. Man betrachte z. B. eine der üblichen Formulierungen, in welcher die Urkunden die Sala widergeben:

> MGH Leg. Sectio V (Formulae) Salicae Lindenbrogianae No. 8 (S. 722):
>
> «ego, venditor ... propria vel spontanea voluntate tibi vendidisse, et ita vendidi, tradidisse, et ita tradidi, hoc est aliquam rem meam in pago ... id est manso uno, que mihi ... hereditario jure successit ... totum et ad integrum tibi per hanc cartolam vendicionis sive per festucam atque per andelangum dono, trado atque perpetualiter in omnibus transfirmo. Unde accipere a te visus sum precium, id est soledos valentes tantos, in quo mihi bene conplacuit atque convenit, et pro ipso precio, sicut superius dixi, ipsum mansum tibi coram plures testibus tradidi atque delegavi, in ea vero ratione, ut a die praesente hoc habeas, teneas atque possedeas, vel quicquid exinde facere volueris, liberam ac firmissimam ... in omnibus habeas potestatem ...»

Es liegt auf der Hand, dass diese Wendungen, welche von einem Zug um Zug vollzogenen Leistungsaustausch reden, eine Erklärung verlangen, sofern sie nicht Ausdruck einer V e r f ü g u n g sein sollen.

Zur Erscheinungsform eines Rechtsgeschäfts gehört auch sein Symbolismus. Da er den Gehalt des Geschäftes sichtbar

macht, stellt er einen wichtigen Prüfstein jeder Interpretation dar: Die Deutung eines rechtlichen Geschehens erweist sich demnach zum vorneherein als falsch, wenn sein Symbolismus mit ihr nicht in Einklang gebracht werden kann. Wir setzen deshalb nicht die Betrachtung des Wortlautes, sondern diejenige des Symbolismus der Sala an die Spitze unserer nachfolgenden Erörterungen.

A. Der Symbolismus der Sala

a) Die festuca als typisches Salasymbol

Beim Liegenschaftsgeschäft gelangten die verschiedensten Symbole zur Verwendung; die hauptsächlichsten waren die festuca, der Handschuh und das Messer, sowie Scholle und Zweig, die ursprünglich dem zu veräussernden Grundstück selbst entnommen wurden. Ueber ihre Zuordnung zu Sala und Investitur ist man sich nicht einig. [108]) Da die beiden Akte bereits zur Zeit der ersten Privaturkunden gelegentlich zusammen vorgenommen wurden, treten auch ihre Symbole vielfach vereinigt in Erscheinung.

Seit dem 9. Jhd. dürfte dies die Regel gewesen sein. Trotzdem liegen sichere Anhaltspunkte vor, welche eine Zuordnung erlauben. So lässt sich feststellen, dass ohne Ausnahme beim Einweisungsakt Scholle und Zweig hingegeben wurden, indessen die übrigen Symbole vielfach fehlten. [109]) Umgekehrt traten Scholle und Zweig innerhalb der Sala ausgesprochen selten auf; dafür stand bei ihr die festuca im Vordergrund, dieselbe festuca, welche bereits Bestandteil des entwicklungsgeschichtlichen Ausgangspunktes der Sala war, d. h. des gerichtlichen Aktes der Affatomie. Ueber ihre ursprüngliche Zuordnung kann

[108]) Heusler (Inst. II S. 67 ff.) u. Gierke (DPR II S. 268 f.) beziehen Scholle und Zweig auf die Sala und festuca, Handschuh etc. als «Herrschaftssymbole» auf die Investitur. Hübner (a. a. O. S. 258), Schwerin (a. a. O. S. 113 f.) Schröder/Künssberg (a. a. O. S. 304). Planitz (a. a. O. S. 107) und Merk (a. a O. S. 143), Bewer (a. a. O. S. 39 ff.) weisen alle Symbole gesamthaft der Sala zu.

[109]) MGH Leg. sectio V, Formulae (K. Zeumer) Cartae Senonicae No. 7 u. 8 (S. 188), No. 34 (S. 200), Cartae Senonicae Appendix No. 5 (S. 210), Add. Coll. Flaviniacensis No. 2 (S. 489) u. No. 6 (S. 492). Bitterauf 520 a. 825; 556 c a. 828; Trad. Corbeienses No. 363; Cart. de Lausanne No. 49 a. 961?; No. 43 a. 963: (Vestitur durch Uebergabe eines zum Gute gehörigen Knechtes). Kirchliche Investitursymbole: Bitterauf No. 400 b a. 819: «vestivit episcopum cum corda unde signum tangitur, domui quoque cum omni integritate vel soliditate penes una columna.» No. 142 a. 791: «die condicto convenerunt omnes ad ipsam ecclesiam ipsique E. et H. adprehensum Pallium altaris et reddiderunt duas partes rebus ipsius ecclesiae . . . »

deshalb kein Zweifel bestehen — sie stellt das typische Symbol der Sala dar.

Wie es sich mit den übrigen Symbolen, mit Handschuh und Messer, verhält, die weit seltener auftreten und sich bei Sala und Investitur finden, wird sich im Anschluss an die nähere Charakterisierung der festuca ergeben.

Hinsichtlich der Gestalt der festuca besteht heute Einigkeit; [110]) sie musste zur Zeit der ersten Rechtsquellen, wie Heusler gezeigt hat, [111]) ein Stab gewesen sein, der indessen später vielfach durch einen Halm ersetzt wurde.

Was die Bedeutung dieses Stabes angeht, sind die entgegengesetztesten Ansichten vertreten worden. Da angenommen werden muss, die festuca sei gekerbt gewesen, betrachtete sie Heusler als einen mit Zauberzeichen versehenen Runenstab. v. Amira [112]) und Schröder/Künssberg [113]) fassten sie als Boten- und Wanderstab auf, und Gierke bezeichnete sie als Zuchtrute, die das Zeichen der Hausgewalt gewesen sein soll. [114])

Am gesichertsten ist indessen die Deutung Franz Beyerle's. Auf Grund seiner bestechenden Durchleuchtung des Ursprungs der Bürgschaft ergibt sich — wie er unter Widerlegung von Amira's und Gierke's gezeigt hat — dass der Stab ein Persönlichkeitszeichen dargestellt haben musste. [115]) Diese Bedeutung kam ihm nicht eo ipso zu, sondern infolge der auf ihn eingekratzten Personalmarke seines Trägers. [116])

Schon vorher ist Gmür [117]) im Anschlusse an seine Untersuchung der z.T. noch heute verwendeten urzeitlichen Alptesseln und Hausmarken zum selben Ergebnis gelangt.

Als Persönlichkeitszeichen erweist sich die festuca auch dann, wenn man in ihr — wie es vornehmlich Ernst Mayer tut [118]) — das Rudiment einer Waffe erblickt. Denn jeder per-

---

[110]) Lange Zeit herrschte die Meinung Grimms (Rechtsaltertümer. 1828. S. 121 ff.) vor, der die festuca ausschliesslich als Halm auffasste.

[111]) Heusler Inst. I S. 76 ff.

[112]) v. Amira: Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik (Abh. d. bayr. Akademie Phil. Hist. Klasse XXV,1)

[113]) Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 64

[114]) Gierke: Schuld und Haftung S. 153 Anm. 33; S. 262

[115]) Franz Beyerle: Der Ursprung der Bürgschaft. Anhang II ZRG 47 S. 635 ff., 644

[116]) Ursprünglich handelte es sich um ein Sippezeichen. vgl. Ruppel: Die Hausmarke, das Symbol der germanischen Sippe. v. Amira/Schwerin: Rechtsarchäologie I S. 48

[117]) Gmür: Schweizerische Bauernmarken u. Holzurkunden (Abh. z. schweiz. Recht. Hrsg. v. Gmür, Heft 77) S. 8 f., 29 f., 133 ff.

[118]) Ernst Mayer: Einkleidung S. 88 ff.; Oppikofer: Unternehmensrecht S. 56; Herbert Meyer: Festschrift O. Gierke 1911 S. 979 f.

sönliche Gegenstand eignete sich zur Symbolisierung der Person [119]) — auch Handschuh und Messer, welche sich damit ebenfalls als Persönlichkeitszeichen zu erkennen geben und die folglich gleich wie die festuca zu den Salasymbolen zu zählen sind, soweit sie sich im Liegenschaftsgeschäft verwendet finden.

b) Die festuca als Sachsymbol?

Ausser Frage steht, dass die festuca stets mit einer Personalmarke versehen war und dass sie somit einzig wegen dieses Zeichens Personalsymbol sein konnte. Personalmarken bergen nun aber die Möglichkeit in sich, zu Sachsymbolen [120]) zu werden, sodass auch eine Umwandlung der festuca vom Personal- zum Sachsymbol denkbar ist. Denn die Personalmarke, welche man an Haus, Vieh und Gerätschaften anzubringen pflegte, konnte — wie sich leicht denken lässt — mit der Zeit derart typisch für den Betrieb werden, dass sie schliesslich bei Handänderungen von den Nachfolgern beibehalten wurde und sich auf diesem Wege zum Betriebssymbol entwickelte. Da zudem ursprünglich nicht das einzelne Grundstück, sondern der landwirtschaftliche Betrieb Gegenstand des Immobiliarverkehrs gewesen war, [122]) würde in solchen Fällen zwischen festuca und Veräusserungsgegenstand ein unmittelbarer innerer Zusammenhang bestanden haben, sodass die festuca innerhalb der Sala als Repräsentantin des Betriebes (später sinngemäss auch des einzelnen Grundstücks) hätte aufgefasst worden sein können. So einleuchtend eine solche Wandlung der Personalmarke auch erscheinen mag — für die fränkische Zeit ist sie nicht nachweisbar. Im Gegenteil: wesentliche Momente stehen einer derart frühen Weiterentwicklung entgegen.

Von vornherein wirkt es befremdlich, dass bereits im jugendlichen germanischen Rechte Realwerte durch abstrakte Zeichen dargestellt worden sein sollten, nachdem man noch in der Rechtsbücherzeit und später konkrete Symbole wie Scholle und Zweig, zum Liegenschaftsgeschäft herangezogen hatte, [123]) wobei noch im 9. Jhd. die Symbole vielfach vom veräusserten Grundstück selbst hergeholt worden waren. [124])

Aber auch sonst ist eine frühzeitige Wandlung der Personalmarke zum Betriebszeichen unwahrscheinlich: Solange das

[119]) Franz Beyerle: ZRG 58 S. 790 (Sinnbild und Bildgewalt im älteren deutschen Recht)

[120]) Oppikofer: S. 66; von Amira/Schwerin: Rechtsarchäologie I S. 50 f.

[122]) Oppikofer: a. a. O. S. 103; Brandt: a. a. O. S. 22

[123]) Fehr: ZRG 64 S. 276; Haff: Institutionen d. DPR I S. 156

[124]) Sohm: Auflassung S. 93

Analphabetentum noch vorherrschte, stellte die Personalmarke die einzige Möglichkeit dar, eine Person schriftlich zu bezeichnen. Sie musste deshalb mindestens das ganze Frühmittelalter hindurch enger mit der Vorstellung der Person, als mit derjenigen des Vermögens ihres Trägers verbunden gewesen sein. Sie wurde dementsprechend auch bei Vertragsabschlüssen hingegeben, welche mit der Liegenschaftsveräusserung in keinem Zusammenhange standen, und wo sie wohl als Personalzeichen, keinesfalls aber als Betriebssymbol herangezogen worden sein konnte. [125])

Einzig mit ihrer Verwendung als Personalzeichen hängt es des weitern zusammen, dass sie auch als Beweismittel gebraucht wurde — wie weiter unten (lit. e) gezeigt wird.

Die klarste Bestätigung dieser Sicht stellt der Umstand dar, dass sogar bei den noch heute erkennbaren Haus- und Hofmarken der schweizerischen Alpengebiete die Verhältnisse nicht anders liegen: [126])

Zur Hauptsache weisen die an den Häusern befindlichen Zeichen auf den Eigentümer hin. Bei Handänderungen werden sie deshalb in der Regel vom bisherigen Eigentümer beibehalten, indes der Erwerber seine eigene Marke am Hause anbringt und die alte nicht verwendet. Homeyer hat freilich auf deutschem Gebiet das Gegenteil festgestellt. [127]) Allein angesichts der eben gemachten Darlegungen lässt sich hieraus kein Rückschluss auf die frühmittelalterlichen Verhältnisse ziehen. Die Zustände in der Schweiz, die klar unterstreichen, dass die Umwandlung der Personalmarke zum Betriebssymbol in einer späteren Zeit erfolgt sein musste, verbieten geradezu eine andere Annahme. Wenn man erklärt, es sei auf die Kleinheit der Verhältnisse in den Alpengegenden zurückzuführen, dass sich dort die Marke in ihrer ursprünglichsten Bedeutung noch erhalten habe, [128]) dann spricht derselbe Grund auch für die ausschliessliche Verwendung der Marke als Personalzeichen in der fränkischen Epoche.

Eines der wichtigsten Argumente gegen die Verwendung der Marke als Betriebsrepräsentant ergibt sich aus dem Formalismus des Liegenschaftsgeschäfts selber. Bekanntlich tritt die festuca auch im Grundstücksakt in Erscheinung; nicht bei der eigentlichen Einweisungshandlung (dort ist grundsätzlich nur von Scholle und Zweig die Rede), sondern bei der ab-

[125]) Gmür: a. a. O. S. 137; Lex Romana Curiensis Lib. XXIV c. 2

[126]) Gmür: a. a. O. S. 7, 15 ff. vgl. dazu Oppikofer: a. a. O. S. 67 f.

[127]) Homeyer: Die Haus- und Hofmarken, 1870, S. 197 ff. Dagegen Gmür: a. a. O.; Herbert Meyer: Handgemal S. 50

[128]) Oppikofer: a. a. O. S. 67 Anm. 2

schliessenden Verlassung des Gutes durch den Veräusserer. Während er aber die festuca in der Sala dem Erwerber zuwirft, schleudert er sie bei der Verlassung (der exfestucatio) fort. Die festuca wird demnach im selben Geschäft in zwei sich völlig entgegengesetzten Bedeutungen verwendet: Bei der exfestucatio versinnbildlicht sie offensichtlich einen Verzicht, während sie in der Sala die Hingabe des Gutes zu verdeutlichen scheint. Allein: von Natur aus schliesst die Begebung einer Sache auch ihren Verzicht in sich ein; wollte man deshalb in der festuca den Repräsentanten des Betriebes erblicken, würde ihre Hingabe in der Sala und ihr anschliessendes Wegschleudern bei der Verlassung eine unbegreifliche Erscheinung sein. (Vgl. oben S. 3/4).

Auch Scholle und Zweig — die eigentlichen Liegenschaftsrepräsentanten — wurden im Grundstücksgeschäft nur in einem Sinne gebraucht und treten bloss in der positiven Uebergabehandlung auf.

Schliesslich ergibt sich noch aus dem tit. 46 der salischen Einung, dass die festuca nicht als Betriebszeichen in der Sala verwendet wurde. Man hat nicht einmal darauf hinzuweisen, wie unwahrscheinlich es ist, dass der Adoptionsakt unter Hingabe eines Betriebssymbols vorgenommen worden wäre, es genügt, den Text in Erinnerung zu rufen: Der Erblasser überträgt dem Salmann, wie bekannt, nicht seinen gesamten Betrieb, sondern nur «quantum voluerit». Der Salmann seinerseits nimmt die Verteilung des ihm übergebenen Betriebsteils ebenfalls unter Zuwurf der festuca vor. — Wenn demnach die festuca nicht einmal hier im ersten Liegenschaftsgeschäft überhaupt als Repräsentant des Betriebes gebraucht wurde, dann dürfte dies auch später kaum der Fall gewesen sein.

Gänzlich ausser Betracht fällt, dass das Personalzeichen in seiner Verbindung mit dem Losstab sich zum Sachsymbol hätte wandeln können. Dieselbe Marke kann nicht zugleich Repräsentant eines zu verlosenden A n t e i l s und einer P e r s o n darstellen. Denkbar ist einzig, dass es neben der Personalmarke noch andere Zeichen gegeben hatte, die bei den Verlosungen verwendet worden waren. Abgesehen von praktischen Bedenken stehen aber dieser Annahme auch die uns erhaltenen Loshölzer entgegen. Wie Gmür [129]) und Homeyer [130]) übereinstimmend festgestellt haben, wurden sie vorwiegend mit dem Personalzeichen der an der Verlosung beteiligten Genossen versehen.

[129]) Gmür: a. a. O. S. 72 ff.

[130]) Homeyer: a. a. O. S. 215; ebenso Herb. Meyer: a. a. O. S. 51

Wenn Franz Beyerle den Losstab gleichwohl als Repräsentanten des verlosten Anteils bezeichnet, [131]) so dürfte dies in erster Linie auf seine Voraussetzung zurückgehen, dass die zusätzliche Verhaftung des schuldnerischen Vermögens im Wettvertrag (der primär reine Personalhaft nach sich gezogen hatte) eine besondere symbolische Darstellung verlangt habe. Es wird weiter unten auszuführen sein, dass sich diese Annahme in keiner Weise aufdrängt. [132])

c) Die Symbolhandlung

Die bisherigen Ausführungen beruhen auf der Voraussetzung, dass das Rechtssymbol mit dem Inhalte eines Rechtsgeschäftes in Zusammenhang gestanden hätte, und dass insbesondere in Verfügungsgeschäften, wo die Hingabe der Symbole unbestrittenermassen die Verfügung sinnfällig machte, Repräsentanten des Verfügungsgegenstandes zur Verwendung gekommen sein mussten. Wenn demnach die Sala wirklich ein dinglicher Verfügungsakt gewesen wäre, dann hätten innerhalb des Salasymbolismus Sachrepräsentanten auftreten müssen. Indem aber Scholle und Zweig der Investitur angehören, das typische Salasymbol, die festuca, ein Personalzeichen darstellte und die Möglichkeit, die festuca auf Grund eines Bedeutungswandels der Personalmarke als Sachrepräsentanten aufzufassen für die fränkische Epoche dahinfällt, erweist sich die Lehre von der dinglichen Sala bereits als falsch.

Nun wird freilich diese Argumentierung durch die Ansicht in Frage gestellt, dass beim germanischen Geschäftsformalismus weniger auf die Bedeutung der Symbole als auf die Art und Weise ihrer Verwendung zu achten sei. [133]) Innerhalb der Sala wäre demnach die Bewegung des Zuwerfens das Entscheidende gewesen und nicht das Zuwerfen der festuca. Folglich hätte man die festuca nicht mit dem Geschäftsgegenstand gleichzusetzen, wodurch sich nicht nur die dingliche Konzeption der Sala, sondern auch das Nebeneinander von Festucagabe und exfestucatio begreifen lassen würde.

Beim ausgeprägten Bedürfnis der Germanen, das Rechtsgeschehen sichtbar zu machen, ist es indessen zweifellos, dass in der Frühzeit den Symbolen ein konkreter Sinngehalt zugekommen war und dass dieser Sinngehalt bei der Symbolverwendung im Vordergrund gestanden haben musste. Die Verdeutlichung eines Rechtsaktes erfolgte nicht durch blosse Geste, sondern durch Handlung und Symbol. Auf das Liegen-

---

131) Franz Beyerle: a. a. O. Anhang B S. 645

132) § 10 Ziff. 3

133) Bewer: a. a. O. S. 36 f.; Oppikofer: a. a. O. S. 57

schaftsgeschäft bezogen heisst dies, dass mit der Hingabe irgend eines Symbols das zum Geschäftsgegenstand in keinerlei Beziehung zu setzen ist, keine dingliche Verfügung dargestellt werden konnte. Es bedurfte unter allen Umständen der Gegenwart dieses Gegenstandes, sei es, dass er selber in körperlicher Gestalt vorlag, sei es, dass er durch einen Repräsentanten, der eindeutig den Zusammenhang mit ihm zu erkennen gab, vertreten wurde. In diesem Sinne finden sich Grundstückbestandteile, die für das Ganze stehen, weit über die fränkische Zeit hinaus verwendet. [134]) Sie treten aber, wie ausgeführt, nicht in der Sala in Erscheinung, sondern in der Investitur.

d) Die Bedeutung der festuca im Formalismus des Liegenschaftsgeschäftes

Wenn damit auch ausser Frage steht, dass der Sala keine verfügende Bedeutung zugekommen war, so bleibt der Sinngehalt des Salaformalismus doch ungelöst. Bei seiner Ergründung ist von der Tatsache auszugehen, dass das spezifische Salasymbol, die festuca, in den verschiedensten Rechtsakten zur Anwendung gelangt. Da aber der ursprünglich notwendigerweise bestehende Sinnzusammenhang von Symbol (handlung) und Geschäftsinhalt die Konsequenz nach sich zieht, dass dasselbe Symbol überall denselben Sinngehalt gehabt haben musste, konnte die festuca in allen ihren Verwendungen nie etwas anderes gewesen sein, als ein Personalsymbol. [135]) Dies ist deshalb zu betonen, weil sich immer wieder die Tendenz zeigt, die festuca nach ihren Erscheinungsformen zu charakterisieren. Wohl kann man bei der festuca auch von Auftrags- und Vollmachtssymbol, Herrschafts- und Perfektionszeichen sprechen, allein — es handelt sich hierbei doch stets nur um eine andere «Sinnesverknüpfung» [136]) des Personalsymbols.

Das Auftreten der festuca ist in zahlreichen Fällen mit ihrer Eigenschaft als Beweismittel [137]) in Verbindung zu bringen.

[134]) Vgl. Anm. 109, 124

[135]) Diese petitio principii ist von ganz anderer Natur als diejenige, welche v. Amira seiner Untersuchung über den Stab zu Grunde gelegt hatte, und die von F. Beyerle (a. a. O. S. 638, 640) mit Recht kritisiert worden ist. Während v. Amira sämtliche Erscheinungsformen, die der Stab innerhalb des Rechtslebens besass, auf einen gemeinsamen Ursprung zurückzuführen suchte, ist hier nur von seinen eindeutig erkennbaren Derivaten die Rede. Dass in der Frühzeit der Stab — bei gleichbleibender Gestalt und gleichbleibender Bezeichnung — verschiedene Bedeutungen gehabt haben sollte, dürfte jedenfalls kaum anzunehmen sein.

[136]) F. Beyerle: ZRG 58 S. 793

[137]) Gmür: a. a. O. S. 139 ff., 142

Bei der Vielfalt ihrer rechtlichen Verwendungsarten gibt der festuca-Besitz allerdings bloss zu erkennen, dass zwischen dem festuca-Besitzer und der Person, deren Marke sie trägt (dem festuca-Eigentümer) irgend ein Geschäft abgeschlossen worden ist. Erst die Rechtsbehauptung des festuca-Besitzers schafft darüber Klarheit, welches Rechtsverhältnis vorliegen soll. Ob der festuca-Besitzer wahr gesprochen hat, ist eine andere Frage; allein, die festuca macht den Abschluss eines Geschäftes dermassen wahrscheinlich, dass man — solange kein Widerspruch vorliegt — anzunehmen hat, es habe sich wirklich um das vom festuca-Träger behauptete Rechtsgeschäft gehandelt — noch mehr: Der festuca-Träger erhält auf Grund dieses Rechtsscheins den Beweisvortritt. [138])

Nicht nur die Verwendung der festuca als Beweismittel ist ein typischer Ausfluss ihrer Eigenschaft als Personalzeichen, sondern auch ihr Gebrauch bei Vollmacht und Auftrag [139]) — ebenso ihre Konzeption als «Herrschaftssymbol». Als Herrschaftssymbol wird sie ja gerne im Zusammenhang mit dem Liegenschaftsgeschäft qualifiziert. [140]) Man übersieht dabei freilich, dass dem germanischen Rechtsdenken — insbesondere in Verbindung mit geringfügigem Grundbesitz — ein abstrakter Herrschaftsbegriff völlig unbekannt gewesen war. Herrschaftserwerb und Sacherwerb waren ein und dasselbe; losgelöst von der körperlichen Gewaltausübung vermochte man sich keine Sachherrschaft vorzustellen, sodass es ursprünglich überhaupt keine Symbole gegeben haben konnte, welche die Gewalt über den Grundbesitz zur Darstellung brachten. Innerhalb des Liegenschaftsgeschäfts geht deshalb die Charakterisierung der festuca als Herrschaftssymbol zweifellos fehl.

Sogar als Attribut eines Amtsträgers stellte sie anfänglich ja nichts anderes dar, als dessen Personalzeichen, wobei bei kontinuierlicher Amtsinnehabung die festuca des betr. Amtsträgers schliesslich mit dem Amt selber in Beziehung gebracht wurde. Aber auch dann noch bezeichnete sie bloss die Amtsperson, d. h. den König, Herzog oder Grafen, und stellte sie keineswegs den symbolischen Ausdruck königlicher oder gräflicher Gewalt oder Rechtsmacht dar. Die festuca des Amtsträgers unterscheidet sich deshalb grundsätzlich in nichts

---

[138]) Brunner/Schwerin: DRG II 2. A. S. 499 Anm. 5

[139]) F. Beyerle: a. a. O. und ZRG 47 S. 644 f.

[140]) Vgl. Anm. 1 — Bei Schröder/Künssberg insbes. S. 66; dazu Oppikofer: a. a. O. S. 56 ff. — Dagegen Gmür: a. a. O. S. 137; v. Amira/Schwerin räumt hinsichtlich des Handschuhs ein, dass bei seiner angeblichen Bedeutung als Gewaltssymbol sein Auftreten im Liegenschaftsgeschäft nicht genügend begreiflich gemacht wird. Das gilt natürlich auch für den Stab und andere angebliche Herrschaftssymbole.

von derjenigen eines andern Genossen. Entsprechend geben König und Graf gemäss allgemeiner Uebung ihre rechtlichen Erklärungen unter Verwendung der festuca ab, die auch hier dem Empfänger als Beweismittel diente. [141])

Auch wenn der festuca regelmässig die Funktion eines Beweismittels zukam, so stellte dies natürlich nicht die Ursache ihrer Einordnung in die verschiedenen Geschäfte dar. Ursprünglich musste vielmehr die Hingabe der festuca stets in einem innern Zusammenhang mit dem Inhalt des Rechtsgeschäftes gestanden haben.

Beim Versuch, dies für das Liegenschaftsgeschäft aufzuzeigen, hat man von der Affatomie der salischen Einung auszugehen. Es sei dahingestellt, ob sich gerade hier die festuca als Rudiment einer Waffe erweise. [142] (Die Adoption soll ursprünglich der Form nach eine «Wehrhaftmachung» gewesen sein.) Jedenfalls tritt sie nur als Stab in Erscheinung, [143]) und nichts steht im Wege, ihn auch hier als gekerbten Stab aufzufassen. Daran ist umso weniger zu zweifeln, als der Ursprung des Personalzeichens — wie Ruppel ausgeführt hat [144]) — im Sippezeichen zu erblicken ist. Die Hingabe des Sippezeichens als Ausdruck der Aufnahme in einen Geschlechtskreis lässt sich jedenfalls sehr wohl als ursprünglichen Sinngehalt des Adoptionsformalismus vorstellen.

Hält man sich nun den Entwicklungszusammenhang von Adoption, Erbvergabung und Liegenschaftsgeschäft vor Augen, dann begreift man sofort, dass die festuca-Gabe in Erbvergabung und Liegenschaftsveräusserung keinen sinnbildlichen Ausdruck dieser Geschäfte dargestellt haben konnte. Sie ist als Formbestandteil der Adoption notwendigerweise auch zum Formbestandteil der Erbvergabung und des Liegenschaftsgeschäfts, bzw. der Sala, geworden. Der inhaltliche Einklang des Festuca-Formalismus mit dem Rechtsgeschäft bestand des-

---

[141]) Vgl. die bekannte Urkunde Konrad II. v. 1029. Sie stammt aus der Verfallzeit der Urkunde, in der die alten Beweismittel wieder vermehrt zur Geltung kamen. Der Aebtissin des beschenkten Klosters gibt darin der Kaiser seine festuca «in testimonium perpetuum ibidem relinquimus.» Bresslau: Urk.-Lehre II, 1 S. 72 nimmt hiezu an, es handle sich um eine ungewöhnliche Bitte und Oppikofer (S. 57) scheint an eine Wandlung des «Investitur-» zum «Beweissymbol» zu denken.

[142]) Angesichts der Tatsache, dass sie in der urtümlichen sal. Einung nicht in dieser Eigenschaft auftritt (vgl. folgende Anm.) ist diese Auffassung eher abzulehnen.

[143]) Die festuca wird dem Empfänger in den Schoss geworfen, was wohl bei einem Stab, keinesfalls bei einem Schwert oder Speer (worauf man die festuca zurückführt) möglich gewesen ist.

[144]) Ruppel: Die Hausmarke, das Symbol der germanischen Sippe. S. 31 ff.

halb nur in der Adoption; im Liegenschaftsgeschäft stellte er eine leere Form dar.

Obschon somit die festuca in keinem Sinnzusammenhang mit dem Rechtsgehalt der Liegenschaftsverträge stand, bildete sie als Formrequisit doch einen notwendigen Bestandteil der Sala. Freilich ist sie lediglich noch als Beweis- und Perfektionsmittel zu bezeichnen. (Auch in der Bürgschaftswette kann man sie nur noch in dieser Weise charakterisieren, nachdem der ursprüngliche Sinngehalt ihrer Begebung dort ebenfalls verblasst war.)

In keinem Zusammenhang mit dem Affatomie-Formalismus steht die exfestucatio. Sie hatte sich — wie aus Früherem hervorgegangen ist — erst nach der Entwicklung eigentlicher Liegenschaftsveräusserungsgeschäfte herausgebildet. Da es sich um eine Neuschöpfung handelt und nicht um die Uebernahme einer bestehenden Form, musste ihr festuca-Formalismus mit dem Rechtsgehalte der Verlassung in einer konkreten innern Beziehung gestanden haben. Dies trifft denn auch tatsächlich zu.

Wie bereits Gmür [145]) ausgeführt hat, war ursprünglich mit der Veräusserung eines Betriebes auch ein Ausscheiden aus dem Dorfverbande verbunden gewesen. Das Fortwerfen der Personalmarke, unter welcher der Veräusserer im Dorfe bekannt war, mit der er an den Allmendgerechtigkeiten und an den Verlosungen teilgenommen hatte, und die ihm ursprünglich die Dorfgemeinde (die in der Vorzeit Sippeverband war) [146]) auch zugewiesen haben dürfte, [147]) gab dieser Veranlassung der Markgenossenschaft sinnbildlichen Ausdruck.

Wie die spätere Separierung der exfestucatio von den positiven Teilen des Grundstücksaktes andeutet, hatte sie sich zudem schon früh nicht in einem blossen Verzicht erschöpft. Mit Recht vermutet Mayer-Edenhauser, [148]) dass neben der Verzichterklärung noch ein Festigungsgelöbnis abgegeben worden sei. Die festuca stellte damit auch das Beweis- und Perfektionsmittel dieses nachträglichen Gedinges dar. (Darauf näher einzutreten, wird sich indessen später Gelegenheit geben.) [149])

---

145) Gmür: a. a. O. S. 127; etwas anders Oppikofer (S. 67), der vom Ausscheiden aus dem Betrieb spricht.

146) Ruppel: a. a. O. S. 24 ff.

147) Vgl. hiezu die im Lötschental bestehende Uebung, das Zeichen eines Neuankömmlings durch Abstimmung der Gemeindegenossen «anzuloben», d. h. anzuerkennen. Gmür. S. 35.

148) Mayer-Edenhauser: Das Recht der Liegenschaftsübereignung in Freiburg i. Br., Freiburger rechtsgesch. Abh. VI 1937 S. 86

149) § 15 Ziff. 2

Man kann die festuca innerhalb der Exfestucatio als Verlassungssymbol bezeichnen, genau wie sie sich in der Sala als Beweis- und Perfektionssymbol charakterisieren lässt. Nur darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass damit einzig über ihre Verwendung und nicht über ihren Charakter eine Aussage gemacht wird. Denn in ihrem Wesen bleibt sie stets dasselbe — ein Personalsymbol.

Und damit ist auf Grund ihres Symbolismus erstellt, dass die Sala nicht Verfügungsakt gewesen sein konnte.

B. Der Wortlaut der Urkunden

a) Die dispositiven Formulierungen

Nach den Urkunden wurden bei der Sala durchwegs dispositive Formulierungen verwendet. Ein bezeichnendes Beispiel haben wir oben auf S. 39 in den Text eingefügt. Die Formlare, nach denen die Urkunden errichtet wurden, sind zwar aus fremden Rechtsgebieten übernommen worden, weshalb sie wenig oder nichts über die germanischen Rechtsgebräuche auszusagen vermögen. Man hat aber gleichwohl damit zu rechnen, dass innerhalb der Sala Wendungen gebräuchlich waren, wie sie uns aus den Urkunden entgegentreten. Unrichtig ist es aber, von den dispositiven Formulierungen auf einen dispositiven Rechtsgehalt der Sala zu schliessen. Derartige Folgerungen wären erst gestattet, wenn sich noch andere, diese Annahme bestätigende Kriterien finden liessen. Denn es lässt sich ohne weiteres denken, dass ein Veräusserer, der zur sofortigen Übertragung seiner Liegenschaft bereit ist, beim Geschäftsabschluss positive Uebertragungserklärungen abgibt, auch wenn der Vertrag ausserhalb des Grundstücks geschlossen wird, sodass dasselbe nicht gleichzeitig mit der Erklärung übergeben werden kann. Dem Parteiwillen entspricht es eben meist, dass der Uebertragungswille in der positivsten Weise kundgegeben wird. Veräusserungserklärungen werden deshalb noch heute in dispositive Form gekleidet, obschon man sich ihrer rein obligatorischen Bedeutung bewusst ist. Man sagt — auch wenn der Veräusserungsgegenstand nicht zur Hand liegt — «Ich gebe dir mein Pferd zum Geschenk» oder «Ich gebe dir mein Haus für so und so viel Geld», was bei Konsens — wenigstens nach schweizerischem Recht — bloss obligatorische Konsequenzen zur Folge hat und in keiner Weise eine Verfügung bewirkt.

Die Unergiebigkeit des dispositiven Wortlautes der innerhalb der Sala gebräuchlichen Erklärungen für die Ergründung der Rechtsnatur der Sala lässt sich aber auch unmittelbar an Hand der Quellen aufzeigen. Es finden sich immer wieder Formulie-

rungen und Zusätze, die eine den dispositiven Wendungen entgegenstehende obligatorische Konzeption der Sala durchblicken lassen. So erscheint in dem oben auf S. 39 wiedergegebenen Wortlaut die Sala als der rechtlich relevante Uebergabeakt, als traditio. In dem dazugehörigen Investiturbreve wird von der Sala indessen nicht mehr als traditio gesprochen, sondern als venditio. Dieses Breve lautet:

MGH Leg. Sectio V (Formulae) Cartae Senonicae No. 7 (S. 188):

«Veniens homo alicus, ... ante bonis hominibus, qui subter firmaverunt, terra illa, id est tam mansis, totum et ad integrum, quem ante os dies hominem alico, ... per vindictionis titulum accepto vero pretio visus fuit vendidisset, ante ipsius bonis hominibus, ad integrum ut quicquid praedicta vindictione ei vendidi, per manibus partibus ipsius lue vel herba vel terra visus fuit tradidisset, et per suum fistucum contra ipso illo exinde exitum fecit, ut quicquid ipse ille de ipsa terra ad die presente facere voluerit, liberam et firmissimam in omnibus habeat potestatem faciendi»

Noch bezeichnender ist Wartmann II No. 712 a. 897, worin über einen Tausch berichtet wird. Bezüglich des Tauschvertrages heisst es zunächst:

«Si nos (das Kloster) prefatas res ab ipso nobis contraditas absque violatione regie potestatis inconvulsas optinere poterimus, illi perpetualiter inconvulsum permaneat, quod a nobis concambii ratione suscepit.»

Die Formulierung macht somit glauben, die Verfügung sei bereits eingetreten. Aus der Fortsetzung ergibt sich aber unzweideutig, dass dem nicht so war:

«Ad haec notum sit omnibus quod hanc concambii pactionem prius apud nos impetrare vel optinere non potuit, quam suam proprietatem, quam in J. habuit, et res in eodem loco a monasterio illi traditas post obitum suum sancto Gallo pleniter se donaturum promitteret. . . »

Die schon vielfach zitierte Urkunde in MGH Diplomatum imperii I (Pertz) No. 70 a. 697 gehört ebenfalls hierher. [150]) Eine Partei erklärt darin vor Gericht:

> «quasi conlocucione et convenencia exinde ... habuissit ut ipsa inter se conmutassent, sed hoc numquam ficissent.»

Der Tauschvertrag, den die Partei bezeugt, ist zwar geschlossen, aber nicht vollzogen worden. Zweifellos sind bei seinem Abschluss aber alle jene dispositiven Wendungen gebraucht worden, welche für die Sala typisch sind. Die Quellenstelle zeigt, dass dieselben nicht als Ausdruck einer Verfügung betrachtet worden sind, sondern lediglich eine Tauschabsprache darstellen. Das folgende Beispiel lässt hierüber keinen Zweifel offen:

Bitterauf II No. 1072 a. 926/73:

> «Placuit (et) convenit inter ... U ... episcopum et quendam nobilem virum ... C. quandam commutationem facere sicut et fecerunt. Tradidit namque ... nobilis vir ... in manus prefati episcopi ... Econtra vero in recompensatione eiusdem proprietatis tradidit idem ... episcopus ... eidem nobili viro ... quicquid ad Pi. habuit, coloniam I in proprietatem habendum et exinde quicquid libuerit faciendum. Et ut haec conplacitatio firmior stabiliorque ... permaneat, testes ... per aures traxerunt.» [151])

Die Bedeutungslosigkeit der für die Sala typischen positiven Uebergabeerklärung, d. h. des «tradere per festucam» als Indiz für ihren dispositiven Gehalt wird durch das Gegenstück in prozessualen Veräusserungen, durch das «reddere per wadium» gänzlich ausser Frage gestellt.

Bei diesem reddere per wadium nimmt man im allgemeinen ohne weiteres hin, dass dasselbe die Form eines Rückgabever-

[150]) Sohm: Eheschliessung S. 26; Brunner: RG d. Urk. S. 290 f. Uebereinstimmend sehen die beiden Autoren in dieser Urkunde den Beweis, dass der Tausch Realkontrakt, d. h. Bargeschäft gewesen ist. Brunner erblickt hierin noch weiter einen Beweis für die dispositive Kraft der Urkundenbegebung.

[151]) Vgl. auch Bitterauf II No. 1438 b a. 1034:
a) Notum sit ... concampium quod E. ... episcopus effecit cum A.
b) Pactum namque huius mutue traditionis peractum anno ...

sprechens darstellt und keine dispositive Bedeutung besass. Seine rein obligatorische Bedeutung ergibt sich ja schon aus der allgemeinen Ueberlegung, dass im Liegenschaftsprozess der unterlegene Beklagte als Nichteigentümer gar nicht in der Lage war, über das Eigentum an der Streitsache zu verfügen. [152]) Er konnte deshalb — selbst wenn tatsächlich das Eigentum an der Sache den Geschäfts- und Prozessgegenstand gebildet hätte — nur über die Rückgabe der Sache eine Aussage gemacht haben und nicht über diejenige eines Rechts.

Für die Frühzeit betrachtet Sohm [153]) das «reddere per wadium» primär nun aber als die urkundliche Erscheinungsform des mit dem Urteilsgelübde verbundenen Bussgelöbnisses. Tatsächlich ist es denkbar, dass man das «reddere per wadium» auch auf dieses Busszahlungsversprechen bezogen hatte; allein, zum mindesten traf das nicht regelmässig zu. Jedenfalls gibt sich das Bussgelöbnis auch als besonderes — neben das Rückgabeversprechen tretendes — Geschäft zu erkennen, wie sich bereits aus den Belegen Hübners [154]) ersehen lässt. Man vergleiche hiezu noch die folgenden Urkunden:

Bitterauf No. 401 a. a. 818:

> «... iusto iudicio superatus reddidit ipsam ecclesiam cum omnibus adiacentibus in manus episcopi et defensoris sui. Fideiussor Uuolfleoz wadiavit omnia similia, item Uuolfleoz fideiussor pro altare XL solidos, item Uuolfleoz fideiussor.»

Bitterauf No. 507 a. 824:

> «Et tunc illi (die schuldigen Beklagten) sibimet ipsis credebant, eo quod iniuste ibidem contendebant et fecerunt ac reddiderunt ipsam basilicam ac alia omnia similia wadiaverunt pro iniquitatem quam fecerunt et fideiussores ipso supradicto Hroadolto (einer der beiden Beklagten) fuerunt H., A., U., L. Pro altare wadiaverunt XL solidos et semet ipso commisit hoc wadium.»

Im übrigen kann es nicht zweifelhaft sein, dass den eigentlichen Inhalt des «reddere per wadium» auch dort, wo es sich auf die Busspflicht bezogen haben mochte, stets das Gelöbnis

---

[152]) Ernst Mayer: a. a. O. S. 43 f.

[153]) Sohm: Auflassung S. 92 Anm. 21

[154]) Hübner: Immobiliarprozess S. 205 f.

rechtsförmlicher Rückgabe des umstrittenen Gutes gebildet hatte, was quellenmässig ebenfalls von Hübner [155]) ausser Frage gestellt worden ist.

Mit aller wünschbaren Klarheit weisen schliesslich die folgenden Urkunden die Bedeutung des «reddere per wadium» auf, indem sie zeigen, dass diese Wendung lediglich die kurze Ausdrucksweise des Rückgabeversprechens darstellte.

In Bitterauf No. 197 a. 804 [156]) spricht Bischof Ato den Abt Maginhart wegen verschiedener Güter an, zu deren Herausgabe schon früher die Vorgänger Meginhart's, der Abt Adalbert und sein Stellvertreter Zacco, verurteilt worden waren. Hinsichtlich der Beendigung jenes Verfahrens heisst es:

> «Coram istis omnibus (dem Gerichte) s p o n d e r u n t praedicti abbates Adalperht et Zacco o m n i a s e r e d d i t u r o s ad domum beate Mariae quicquid exinde iniusto ordine abstractum habuerunt e t p e r w a d i u m i l l o r u m utrique manibus suis quasi coacti i n m a n u e p i s c o p i A t t o n i s d e d e r u n t d i c e n t e s s e r e d d i t u r o s e x i n t e g r o i u s t i t i a s e c u n d u m r e c t u m i u d i c i u m f a c i e n d a m . Sed nihil profuit de his omnibus, unde wadium dederunt nec quicquam de iustitia nostra ad illos invenire potuimus.»

In Urk. d. dtsch. Karol. I No. 66 (a. 853?) bestimmt das Urteil der Scabini:

> «ut (die Beklagten) universas supergressiones predictorum limitum cum suis commissis prefato monsterio redderent. Et primo ... accessit H. coram rege et omnibus primatibus eius et cum manu propria suas reddidit invadationes in manus (des Klägers) ... sic et ceteri presbiteri et alii litterati fecerunt; reliqui vero ut in lege continetur, cum suis commissis reddiderunt. Universi quidem ibi v a d i a v e r u n t i n m a n u s (des Klägers) v e s t i t u r a s u a i n d i e d e p u t a t o l e g i t t i m a f a c i e n d a .»

[155]) Hübner: a. a. O. S. 227

[156]) hierauf hat schon Hübner (a. a. O. S. 227) verwiesen.

Nachdem sich das «reddere per wadium» als Rückgabeversprechen nachweisen lässt, muss aber auch dem traderе per festucam obligatorische Bedeutung zugekommen sein. Denn wadium und festuca sind vielfach identisch (vgl. unten § 10 Ziff. 3), und es treten dementsprechend verschiedentlich Beispiele auf, die statt von einem «tradere per festucam» von einem «tradere per wadium» sprechen. [157]) Der Ausdruck wadium weist lediglich auf die Wette hin, welche regelmässig das prozessuale Rückgabeversprechen begleitete.

b) Der Inhalt der Sala-Abrede

Nach den Urkundentexten umfasste die Sala dispositive Erklärungen des Veräusserers. Es wäre aber möglich, dass die Urkundensprache die tatsächlich verwendeten Formulierungen nicht getreu widergibt und dass dieselben obligatorisch gefasst waren, nachdem der Sala obligatorischen Charakter zukommt. Zu denken ist vornehmlich an ein Investiturgelöbnis, welches das Zentrum der Sala gebildet haben mochte. Derartige Vermutungen werden aber zerstört durch die Formeln des Fuldaer Schreibers Asger. [158]) Diese Formeln lassen erkennen, dass im Anschlusse an die Sala der Veräusserer ein Gelöbnis abgab, das sich u. a. auch auf die Vornahme der Investitur bezog. Es war üblicherweise in die Formel «cum stipulatione subnixa» gekleidet. Dieses der Sala nachfolgende Investiturgelöbnis schliesst die Annahme aus, dass schon im Zentrum der Sala ein Investiturversprechen gestanden habe.

Den Inhalt der Formeln Asger's vermag — im Gegensatz zu Sohm [159]) - Brunner [160]) nicht zu deuten. Der Grund liegt in seiner Lehre von der dispositiven traditio cartae. Denn mit seiner These, dass die Investitur in jener Zeit symbolisch mittelst Urkundenbegebung vorgenommen worden sei, ist ein zusätzliches Investiturgelöbnis natürlich unvereinbar. Die Formeln Asger's stehen aber auch seiner weitern Ansicht entgegen, das «cum stipulatione subnixa» bezeichne die manufirmatio der Urkunde, weshalb sie für ihn doppelt rätselhaft sind.

---

[157]) Regesta Alsatiae I No. 156 a. 745; 297 a. 782; 303 a. 783 — vgl. auch die Beispiele bei Sohm: Auflassung S. 92 Anm. 21 und Gierke: Schuld und Haftung S. 155 Anm. 40

[158]) Dronke: Codex traditionis Fuldensis. No. 88, 99, 101, 103, 124, 127, 130, 132, 134, alle Ende 8. Jhd.; z. B. No. 88: «Culmo connexam vobis ad vestiendum et ad inducendum et ad roborandum.» Die abweichende Auffassung Bewer's beruht auf der falschen Uebersetzung des Textes. vgl. hierüber Brunner RG d. Urk. S. 228 f.

[159]) Sohm a. a. O. S. 110 Anm. 41

[160]) Brunner: a. a. O.

Er kann lediglich feststellen, dass sie auf keinen Fall auf eine symbolische Investitur hinweisen, wie von anderer Seite schon angenommen worden ist.

Tatsächlich sind die Formeln — wie Brunner bemerkte — revolutionär. Sie stellen nämlich nichts anderes als den Versuch dar, das traditionelle «cum stipulatione subnixa» neu zu fassen und seinen eigentlichen Inhalt in Erscheinung treten zu lassen. Bekanntlich ist diese Wendung mit dem römischen Urkundenformular in das germanische Urkundenwesen übernommen worden. In ihrem ursprünglichen Anwendungsbereiche war sie nichts anderes als eine Korroborationsklausel. [161]) Sie war nicht Ausdruck eines besonderen Gelöbnisses, sondern bezog sich auf den gesamten Inhalt der Urkunde. Auch in den langobardischen Urkunden — wo sie nur selten auftritt — kam ihr, sofern man sich ihres Inhaltes überhaupt noch bewusst war, keine andere Bedeutung zu. [162])

Völlig unverständlich erschien diese Formel den germanischen Schreibern: Denn Umformungsversuche — wie sie die Urkunden Asger's erkennen lassen — können nur durch das Bestreben veranlasst werden, etwas Unverständliches deutlich zu machen oder eine Diskrepanz zwischen dem Schein einer Formel und der Rechtswirklichkeit zu beheben. Den Formulierungen Asger's kommt somit grosse Bedeutung zu; sie durchbrechen das nichtssagende Formular und lassen die tatsächlichen Verhältnisse durchblicken.

Dass diese Versuche von den andern Schreibern nicht befolgt und von Asger schliesslich fallen gelassen wurden, spricht in keiner Weise gegen den Inhalt seiner Wendungen, sondern zeigt nur die ängstliche Akribie auf, welche das mittelalterliche Kanzleiwesen beherrschte.

Das Investiturgedinge, das sich — wie die Formeln Asger's erkennen lassen — hinter dem «cum stipulatione subnixa» verborgen hatte, war — wie weiter unten zu zeigen sein wird [163]) —Bestandteil eines allgemeineren Festigungsgelübdes gewesen. Für unsern Zusammenhang ist indessen nur wesentlich, dass es nicht den Inhalt des Salawortlautes gebildet hatte. Die Formulierungen der Sala dürften demnach von denjenigen, die ihr in den Urkunden gegeben werden, nicht allzusehr verschieden gewesen sein und eine dipositive Uebergabeerklärung umfasst haben.

---

[161]) Schiaparelli: Note Diplomatiche sulle carte Langobarde II (Archivio storico italiano Serie VII 1934)

[162]) Schiaparelli: a. a. O. S. 20

[163]) § 15 Ziff. 2 lit. b

§ 9. Die Unvererblichkeit der Investiturschuld

a) Ueberblick

Unabhängig von ihrer Konzipierung als obligatorischen oder dispositiven rechtsgeschäftlichen Akt musste die Sala die Entstehung einer Investiturschuld zur Folge gehabt haben. Die Behandlung dieser Investiturschuld beim Tode des Veräusserers gibt den positiven Nachweis der rein obligatorischen Bedeutung der Sala. Die Verhältnisse bei der Vererbung von Schulden sind zwar für die germanische Zeit nicht völlig abgeklärt; [164]) allein es steht doch fest, dass vertragliche Verpflichtungen für die Erben im Grundsatze nicht verbindlich gewesen waren, sofern der Erblasser hiefür keinen Gegenwert erhalten hatte. Dies trifft jedenfalls dort zu, wo Fahrnis Gegenstand unvollzogener Schenkung gebildet hatte. Eine Herausgabepflicht der Erben fehlte hier. Auf diesen Tatbestand ist das französische Rechtssprichwort «donner et retenir ne vaut» zugeschnitten. Hinsichtlich unvollzogener Grundstückschenkungen wird aber die Gültigkeit dieses Satzes verneint, [165]) was zunächst auf die dingliche Rechtskraft der Sala hinweist.

Wenn nun aber die Erben nur zur Herausgabe einer vom Erblasser verschenkten Liegenschaft hätten gezwungen werden können, sofern der Erblasser auch die Investitur vorgenommen hatte, würde die obligatorische Natur der Sala sich bestätigt finden.

Bereits Sandhaas [166]) und Heusler [167]) haben nunmehr anhand der Freisinger-Urkunden festgestellt, dass eine Rechtspflicht der Erben zur Erfüllung der Investiturschuld des Erblassers nicht bestanden hatte. Sie stützten sich dabei auf die Urkunde bei Bitterauf No. 362 a. 816, worin Bischof Hitto von einem Kerhoh die Herausgabe eines Gutes zu erwirken suchte, das der verstorbene Bruder des Kerhoh, Crimheri, der Kirche

---

[164]) Hübner: a. a. O. S. 454; Nach Schröder/Künssberg (S. 309) haften die Erben für obligatorische Schulden des Erblassers nur mit der Fahrhabe.

[165]) Hübner: a a. O. S. 454; a. A. scheint neben den nachfolgend zit. auch Franz Beyerle zu sein (Weinkauf S. 262 Anm. 6.)

[166]) Sandhaas: Germanistische Abhandlungen, 1852, S. 60 f.

[167]) Heusler: Gewere S. 41 ff., 470 ff. zustimmend Haiss: a. a. O. 50. Der Widerspruch, dem Heusler begegnet, ist in erster Linie durch seine Schlussfolgerung geweckt worden, alle frühmittelalterlichen Vergabungen seien widerruflich gewesen. Hübner: Donationes post obitum S. 52 ff. Zuletzt: Jungbluth: «Die Donatio post obitum und die Donatio Reservato Usufructu in den Kölner Schreinseintragungen des 12. bis 14. Jh. 1939» S. 12 ff.

zu Freising geschenkt hatte, ohne — wie ausdrücklich hervorgehoben wird — zu seinen Lebzeiten die Investitur noch vorgenommen zu haben. Die auffällige Tatsache, von der Sandhaas und Heusler ausgehen ist, dass der Bischof in keiner Weise mit rechtlichen Argumenten kämpft und nicht einmal mit der Anrufung des Gerichtes droht, sondern sich auf bittende Ermahnungen beschränkt. Deutlich lasse sich hieraus ersehen, wie wenig die Forderung von Freising rechtlich begründet gewesen war, und wie sehr die Herausgabe der Vergabung vom guten Willen der Erben abhing.

Löning [168]) und Hübner [169]) lehnen diese Auslegung ab und bezeichnen sie als gezwungen und unmöglich. Allein, nachdem sich gewisse Erscheinungen im Liegenschaftsgeschäft nur als Korrekturmassnahmen gegenüber der Unvererblichkeit der Investiturschuld begreifen lassen, muss die von Heusler gelehrte Rechtslage als zutreffend angesehen werden.

In seiner «Gewere» nahm Heusler noch an, dass der moralische Druck das einzige Zwangsmittel gewesen war, um den donationes post obitum zum Durchbruch zu verhelfen. Tatsächlich lässt sich nicht bestreiten, dass von den geistigen Machtmitteln der Kirche eine starke Wirkung ausgegangen sein musste. Die Fluch- und Verwünschungsformeln, welche alle Veräusserungen begleiteten, waren keine leeren Floskeln [170]) und hatten in kirchlichen Geschäften um so abschreckender gewirkt, als die Kirche — dank ihrer Schlüsselgewalt — dem göttlichen Zorne, den der widerspenstige Erbe erregte, stets greifbaren Ausdruck zu geben vermochte. [171])

Ebenfalls bedeutungsvoll war der moralische Druck, der von der öffentlichen Meinung ausging. Der Vollzug frommer Vergabungen musste — angesichts der Bedeutung, die man ihnen für den Seelenfrieden zumass — als gebieterische Forderung der Pietät aufgefasst worden sein. Wer deshalb die fromme Verfügung des Erblassers missachtete, setzte sich — wie angenommen werden darf — der schärfsten Kritik der Allgemeinheit aus. Wo der Vergabende Wert darauf legte, durch Publizierung oder durch periodische Wiederholung der traditio die Gabe im Gedächtnis weitester Kreise wachzuhalten, [172]) dürfte dieser Grund jedenfalls auch eine Rolle gespielt haben. [173])

[168]) Löning: Kirchenrecht II Anhang I S. 751 ff.

[169]) Hübner: a. a. O. S. 53

[170]) Studtmann: Archiv f. Urkundenforsch. 12 S. 331 f.

[171]) Heusler: a. a. O. S. 480 ff; vgl. auch A. Schultze: Augustin und der Seelteil S. 60 f.

[172]) Heusler: a. a. O. S. 473 f.

[173]) Gegen Heusler: Hübner: a. a. O. S. 55 f.

Die Lehre Brunner's von der dispositiven traditio cartae ergänzte später die Grundkonzeption Heusler's, der in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung ebenfalls der Ansicht war, die Erbvergabungen seien vornehmlich mittelst traditio cartae vorgenommen worden. [174])

Damit hatte er stillschweigend eine rechtliche Korrekturmöglichkeit der Unvererblichkeit der Investiturschuld angenommen Die Urkunden, welche von einem prozessualen Erfolg der Kirche über störrische Erben berichten [175]) — zu denen die Zeugnisse anstandsloser Uebergabe durch die Erben entsprechende Gegenstücke darstellen [176]) — lassen über die Tatsache einer Korrekturmöglichkeit jedenfalls keinen Zweifel offen. Fraglich ist es dagegen, ob diese in der angeblichen traditio per cartam bestanden hatte. Ohne unmittelbar auf die Lehre von der dispositiven Urkundenbegebung einzutreten (es wird sich später hiezu noch Gelegenheit bieten) kann diese Frage lediglich auf Grund einer näheren Betrachtung der verschiedenen Verfügungsformen, welche das germanische Recht gekannt haben soll, verneint werden.

b) Die Schenkung mit Rückgewähr

Die herrschende Lehre unterscheidet donationes post obitum (welche das Eigentum übertragen, wobei aber dessen Wirkungen bis zum Tode des Vergabenden aufgeschoben sind [177]), Schenkungen mit Nutzungsvorbehalt und Schenkungen mit Rückverleihung [178]) (bei welchen das Eigentum des Bedachten ebenfalls erst nach dem Tode des Vergabenden praktische Wirkungen zeitigt). Die beiden letzten Vergabungsformen werden grundsätzlich zusammen betrachtet und als donationes re-

---

[174]) Heusler: Inst. II 118 f.

[175]) Bitterauf 362 a. 816.

[176]) Bitterauf 620 a. 836; 363 a. 816.

[177]) Wenn man von «suspensiv bedingter Eigentumsübertragung» spricht, übersieht man, dass gemäss moderner Dogmatik der Rechtserfolg erst bei Erfüllung der Bedingung eintritt, und dass einzig bei einem resolutiv bedingten Geschäft das Eigentum schon während der Schwebezeit erworben ist. (Hübner: Grundzüge S. 786). Konsequent sind Löning (a. a. O. S. 655 f.) Schwerin (DPR S. 317, DRG 149) Jungbluth (a a. O. S. 8) die alle festhalten, dass das Eigentum erst mit dem Tode des Vergabenden auf den Bedachten übergegangen sei.

[178]) Hübner: Donationes post obitum, 1888. Grundzüge S. 785 f. — Brunner: Grundzüge 7. A. S. 242 8. A. Schröder/Künssberg: S. 314. Gierke bei Holtzendorf-Kohler 7-1, S. 295; Schwerin: a. a. O. S. 149; Planitz: Grundzüge S. 230; Jungbluth a. a. O. S. 18; zuletzt Schultze: ZRG 60 S. 433. Schwerin: Germ. RG S. 180

servato usufructu den donationes post obitum gegenübergestellt. Gegen diese Scheidung hat man sich bereits verschiedentlich ausgesprochen. [179]) Mit Recht wurde dabei — insbesondere von Heusler und Schönfeld — auf die Tatsache hingewiesen, dass sich irgend ein praktischer Unterschied zwischen den beiden Vergabungsformen nicht entdecken lässt. Hier wie dort war die Vergabung unwiderruflich, und hier wie dort stand dem Vergabenden während der von ihm nach Belieben ausbedungenen Zeit die Nutzung am Gute zu. Die Unterschiede sind rein theoretischer Natur, was von der herrschenden Meinung selbst zugegeben wird. Steht nicht allein schon dieser Umstand der Lehre entgegen?

Die Unterscheidung von donationes post obitum und donationes reservato usufructu wird dagegen auch von Heusler und Schönfeld gemacht, allerdings sprechen sie nicht von zwei verschiedenen Rechtsgeschäften, sondern von zwei verschiedenen Formen desselben Rechtsgeschäfts. Schönfeld charakterisiert dabei die donatio post obitum als die elegantere Form der donatio reservato usufructu.

Alle diese Meinungen stehen mit einer wichtigen Beobachtung in Widerspruch: Der unbestrittenen Lehre gemäss besteht die Form der donatio post obitum in nichts anderem, als in einer durch das «post obitum» eingeschränkten und gewöhnlich mittelst Urkundenbegebung vorgenommenen Übertragungserklärung. Die donationes reservato usufructu dagegen umfassten einerseits die Hingabe des Gutes mit Investitur, anderseits die Rückverleihung auf Lebenszeit. In solcher Gestalt wurden sie — wie sich eindeutig feststellen lässt — noch im 9. Jhd. getätigt. [180]) Wie soll man nun aber begreifen, dass sich diese umständliche Gabe mit Rückgewähr neben der einfachen und in einem Zuge vollziehbaren donatio post obitum hat halten können — obschon unbestrittenermassen beide Verfügungsarten praktisch dieselben Wirkungen nach sich zogen!

Wie schon ein flüchtiger Blick in die Urkundenbücher überzeugt, stellen die Schenkungen mit Rückgewähr keineswegs etwa Ausnahmeerscheinungen dar: In St. Gallen stehen den drei einzigen Urkunden, die bis zum Jahre 800 von einer donatio post obitum sprechen, mehr als 80 andere gegenüber, in welchen die Gabe mit Rückgewähr bezeugt wird. In Fulda ist das Verhältnis 26 zu 43, in Freising 52 zu 25. Diese Verhält-

[179]) Heusler: Inst. II S. 118 f.; zuletzt — soviel ich sehe — Schönfeld: Die Vollstreckung der Verfügung von Todes wegen. ZRG 42 S. 270 f. Bei Schönfeld findet sich auch die übrige bisherige Literatur.

[180]) vgl. folgende Auswahl: Traditiones Corbeienses No. 363, 456; Bitterauf No. 435 c a. 820, 436 a. 820, 634 a. 839, 670 a. 845.

nisse machen insbesondere auch die Ansicht Schönfelds hinfällig, dass die donatio post obitum die elegantere (spätere) Form der donatio reservato usufructu dargestellt habe. Die Zahlen von Freising bis 800 scheinen ihm zwar Recht zu geben; bereits in den folgenden 15 Jahren zeigen aber die Urkunden ein völlig entgegengesetztes Bild: auf 19 Zeugnisse mit donationes post obitum entfallen 42 Belege, welche von donationes mit Rückgewähr berichten. [181]) Der einzige Anhaltspunkt, der zur Annahme zweier verschiedener Geschäfte oder zweier verschiedener Formen desselben Geschäfts berechtigen könnte, und auf den allein auch die Meinungen sich stützen, ist die Ausdrucksweise der Urkunden. [182]) Einzig auf Grund der Tatsache, dass die Urkunden einmal sagen «Tradimus ... ut sit stabilis et inmobilis ad praedictum locum post obitum nostrum» (Bitterauf No. 190) und das andere Mal entweder erklären «Trado adquisitionem meam ... eo modo, ut liceat mihi hoc ipsud habere usque dum vivo; post obitum vero meum ... ad domum sanctae Mariae permanere valeat» (Bitterauf No. 313) oder «Tradidit ... hereditatem suam in manus H ... eo modo, ut liceat eum hoc ipsud habere quod tradidit usque ad finem vitae suae in beneficium domui sanctae Mariae, post obitum vero illius ... ad domum sanctae Mariae permaneat.» (Bitterauf No. 305) — wird die Existenz von rechtlich verschiedenartigen, praktisch aber gleichwertigen Rechtsgeschäften an-

---

[181]) Wie wenig die Behauptung zutrifft, dass die donatio post obitum die spätere Form der donatio mit Rückgewähr dargestellt habe (so neuestens auch Jungbluth: a. a. O. S. 18), ergibt sich noch in besonders klarer Weise, wenn man auf das primäre Auftreten dieser angeblich verschiedenen Schenkungstypen eingeht. So stellt schon die erste Urkunde der Freisinger Traditionen formal eine donatio post obitum dar; sie stammt aus dem Jahre 744. Die erste donatio mit Rückgewähr tritt dagegen um 765 auf. — In Fulda treten die donationes post obitum und diejenigen mit Rückgewähr gleichzeitig 765 erstmals in Erscheinung. Während sich aber beide Formen bis zum Jahre 790 etwa die Waage halten (15 : 16), kommt den donationes mit Rückgewähr in den nachfolgenden Jahren, d. h. bis 800, eindeutig das Uebergewicht zu (11 : 27). Auch in St. Gallen zeigen sich die «donationes post obitum» keineswegs als spätere, die donationes mit Rückgewähr ablösende, Vergabungsform. Die bis zum Jahre 800 neben den 80 und mehr Zeugnissen von donationes mit Rückgewähr sich findenden 3 einzigen «donationes post obitum» stammen aus den Jahren 761, 762 und 786, in welcher Zeit gerade die Masse der donationes mit Rückgewähr einsetzt.

[182]) Hübner: Grundzüge S. 786 Anm. 1; Heusler: Inst. II. 1187 Gewere 472 Anm. 1; auch Schönfeld nimmt auf Grund des Ausdrucks der Urkunden an, die «donatio post obitum» sei die elegantere Form gewesen; a. a. O. S. 268 f., 272 f.

genommen. [183]) Die bekannte Erscheinung, dass die Schreibweise der Urkunden oft lückenhaft und ungenau ist, wurde nicht beachtet.

Der Rückschluss auf ein einziges Rechtsgeschäft, das jeweils nur unvollständig dargestellt wurde, ist bei einer Betrachtung ursprünglicher Rechtsordnungen auf alle Fälle naheliegender als die Konstruktion von 2 oder 3 verschiedenartigen Rechtsgeschäften mit identischen Wirkungen. Derartige juristische Spielereien waren dem germanischen Recht fremd. Die verschiedenen Wirkungen verschiedener Rechtsgeschäfte traten in einfachen Verhältnissen sichtbar vor Augen und hatten keineswegs bloss innere und lediglich abstrakt erfassbare Veränderungen zur Folge. Wo sich keine handgreiflichen Verschiedenheiten feststellen lassen, da hat es deshalb auch keine rechtlichen Unterscheidungen gegeben.

Schon allgemeine Ueberlegungen lassen demnach die herrschende Scheidung von 2—3 verschiedenen Vergabungsgeschäften als unmöglich erscheinen und geben nur der zweiten Alternative Raum: Der Rückführung all dieser Vergabungszeugnisse auf eine einzige Vergabungsform. Tatsächlich ergibt sich denn auch unmittelbar aus den Quellen, dass wir es überall mit einund demselben Geschäft zu tun haben: Mit der donatio mit Rückverleihung.

Von vorneherein fällt auf, dass die Ausdrucksweise der Urkunden (das einzige Argument der Lehre!) jenen rechtlichen Verschiedenheiten, die angeblich im Vergabungsrecht bestanden haben, nicht entspricht. Wie sich aus den bereits angegebenen Beispielen ersehen lässt, erfolgte die Einräumung des Niessbrauchs oder die Rückverleihung ganz in der Form einer beiläufigen Ergänzung der Uebergabeerklärung. Nichts weist darauf hin, dass man in diesem Zusatze den Ausdruck eines besonderen und von der donatio post obitum verschiedenen Rechtsgeschäfts erblickte. Zum zweiten ist auf die Wendung «dono ... ut me vivente vel post obitum meum habeat potestatem defensor» und vor allen Dingen auf das häufige «Trado ... eo modo, ut post obitum meum ... in potestatem s. Mariae firma permaneat» hinzuweisen. [184]) Es sind Formulierungen der angeblichen donatio post obitum. Allein auch sie weisen Andeutungen auf, dass die Gabe bereits einmal vollzogen worden war, d. h., dass der Bedachte schon vor dem Tode des Vergabenden einmal im vollen Genusse des Gutes gestanden hatte. Das «post obitum permaneat» insbesondere findet sich denn auch sehr häufig im Zusammenhang mit diesen donationes mit Rückgewähr bezeugt, weshalb Hübner sich zur Annahme ge-

[183]) Vgl. Hübner: Donationes post obitum S. 18 ff.; 88 ff. Jungbluth: a. a. O. S. 28 ff., 36 ff.

[184]) Hübner: a. a. O. S. 22 ff.

zwungen sieht, dass das «trado ... ut post obitum meum in potestate permaneat» auf ein anderes Rechtsgeschäft hinweise als die Wendungen «ut sit stabilis et inmobilis ad praedictum locum post obitum nostrum» [185]), «ut post obitum meum episcopali deserviat» [186]), «ut post obitum meum habeat». [187]) Dort soll von einer donatio reservato usufructu die Rede sein — hier von einer donatio post obitum. [188]) Bei unbefangener Schau der Dinge lässt sich natürlich so etwas nicht behaupten; es ergibt sich vielmehr von selbst, dass das «permaneat» zum «habeat», «diserviat» oder «ut stabilis sit» keinen rechtlichen Gegensatz bildet. Nie hätte man in urkundlichen Formulierungen derart geringfügige Unterschiede gemacht, wenn wirklich sog. donationes post obitum von den Schenkungen mit Rückgewähr auseinandergehalten worden wären.

Dass das «donare post obitum» nur die kurze Ausdrucksweise der Vergabung mit Rückgewähr dargestellt hatte, lässt sich noch in eindeutigerer Weise aufzeigen: Man vgl. Bitterauf No. 30 a. 769:

> «In dote (ecclesiae) duas donavi colones, C. et P., et meum post obitum cuncta quae possedi... tradedi ad praenotatum oratorium.... et ipsum titulum cum eadem.... plenitudine ad... Marie ecclesiae ad domum episcopalem Frigisingas castro site quam in beneficio utendi a manu praenotati episcopi diebus vite meae suscepi et post obitum meum illuc in perpetuum stabilivi.»

Das «donare post obitum» verrät sich hier als unvollständige Formulierung der Gabe mit Rückverleihung auf Lebenszeit.

Von besonderer Eindringlichkeit sind jene Zeugnisse, in denen auf frühere Schenkungen bezug genommen wird. So heisst es in einem Gerichtsurteil (Bitterauf No. 143 b a. 791/93):

---

185) Bitterauf: No. 190 a. 802/8

186) Bitterauf: No. 24 c a. 767; 33 a. 769. Codex traditionum monasterii Lunaelacensis (UB d. Landes ob der Enns I. Bd. 1852) No. 13 a. 772 (bei Hübner a. a. O. S. 20)

187) Schöpflin (Alsatia aevi Merovingici Carolingici etc. diplomatica Pars I 1772) No. 75 a. 810 (bei Hübner a. a. O. S. 19)

188) Hübner: a. a. O. S. 18 f. und 23

«... definitum est inter eos ea ratione, ut habeat praedictus Tutilo in omnibus potestatem de praedicto oratorio et quicquid ad eum pertinuerit sicut primitus constitutum fuerat et post obitum ipsius firmiter perstitisset ad domum s. M.»

Das umstrittene Bethaus hatte Tutilo früher an Freising geschenkt. Dort erklärte er aber (143a):

«... ego ... Tutilo ... cum coheredibus meis tradidimus ad domum s. M. in manus Attonis episcopi unde ego ipse Tutilo de praedicto episcopo in beneficium ipsum oratorium suscepi diebus vitae mea; post obitum vero meum ad ipsum episcopatum ... permaneat.»

In der Urkunde Bitterauf No. 264 a a. 807 wird ausgeführt:

«... quicquid ... habuit ... tradidit ad domnum s. M.... ea vero ratione, usque ego ipse vivam in hac fragili vita, ut habeam ad utendum et emeliorandum non in nullo comminuendum; post obitum verum meum ... permaneat ad supradicta domo ad F.»

Bei der ein Jahr später vorgenommenen iteratio ist nur noch von einer traditio post obitum die Rede. (Bitterauf No. 264 b a. 808):

«... alio anno renovavit pristinam traditionem atque confirmavit et tradidit omnia in omnibus ... ut post obitum suum sine ulla contradictione permansisset ad F.»

Dasselbe Bild bieten die iterationes der Traditionen mit Rückgewähr in Bitterauf No. 213 a (iteratio: 213 b), 550 a (550 b), 353 (510).

Umgekehrt wird in der Schenkung Bitterauf No. 72 b a. 776 nur von einer donatio post obitum gesprochen, indessen bei der Erneuerung von 822 (No. 465) durch den Sohn des Schenkers ersichtlich wird, dass in Wahrheit eine Gabe mit Rückverleihung vorgelegen hatte.

Auch bei den donationes refervato usufructu handelt es sich um Schenkungen mit Rückverleihungen. Darüber ist sich auch die Lehre einig. [189]) Auf andere Weise als durch Hingabe und

[189]) Vgl. Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 313 f., Planitz: Grundzüge S. 230 f., Schwerin: DRG S. 149; Germ. RG S. 180

Rückverleihung konnte in fränkischer Zeit an einer eigenen Sache kein beschränktes Besitzrecht geschaffen werden. Das constitutum possessorium — von dem man zeitweise sprach [190]) — ist dem germanischen Recht ein unmöglicher Gedanke. Abgesehen davon ergibt sich die Identität des donare reservato usufructu mit dem donare unter Rückverleihung auch aus den Urkunden. Man halte nur die folgenden Beispiele nebeneinander.

Bitterauf No. 273 a. 808:

> «Accepta ... haec traditio ... A. episcopus in beneficium supradictis presbiteris (den Schenkern) concessit ea ratione, ut eis uterer liceat usque dum viverent. (Post obitum ... ad domum episcopalem permanere valeat.)»

No. 287 a. 809:

> «eo modo hanc traditionem fecit, ut in beneficium eandem rem ... habuisset usque ad finem vitae suae. (Post obitum vero ... etc.)»

No. 280 a. 808:

> «tradidit ... ea vero ratione, ut eam liceat utere seu habere usque dum vivit; (post obitum ... etc.)»

No. 39 a. 770:

> «tradidi ... ut uterer eorum utensiliis non ut propriis, sed quasi beneficiis ecclesie. (Post obitum vero ... etc.)»

No. 392 a. 818:

> «Dedit ... suam ... hereditatem ... Sed postea illius petitio fuit ... ut (der Bischof) ipsam rem per beneficii usu fructuario ad suam praestitisset vitam. Quod et ita fecit ... (post eius discessum ... etc.)»

No. 472 a. 822:

> «Et ego ipse hoc ipsud in beneficiarii usu ex Hittone episcopo habitandum et emeliorandum accepi ...»

Es liegt auf der Hand, dass wir es hier durchwegs mit gleichartigen Schenkungen zu tun haben und dass jene Urkun-

[190]) Loening: a. a. O. S. 656. Hübner: a. a. O. S. 87 f.; neuestens auch Jungbluth: a. a. O. S. 10 f., 18

den, welche die Rückverleihung der Schenkung ausdrücklich erwähnen, lediglich ausführlicher gehalten sind als die andern, welche nur von der Beibehaltung der Nutzniessung durch den Vergabenden sprechen. Hier rechtliche Unterschiede herauslesen zu wollen, ist durch nichts angezeigt.

Die Uebergabeerklärung mit Nutzungsvorbehalt ist somit gleich wie das donare post obitum, eine kurze Ausdrucksweise für die Gabe mit Rückverleihung oder Rückgewähr.

Die Tatsache, dass die Vergabungsform des germanischen Rechts die Schenkung unter Rückgewähr gebildet hatte, beweist, dass es für den Bedachten entscheidend war, schon vor dem Tode des Vergabenden die Gewere am Vermächtnis zu erhalten. Ansonst wäre kaum eine derart komplizierte Vergabungsform herausgebildet worden, jedenfalls wäre sie schon bald durch eine erst beim Tode vollziehbare Schenkung abgelöst worden.

Damit ist gleichzeitig die Geltung des «donner et retenir ne vaut» auch bei Liegenschaftsschenkungen erwiesen, denn nur darauf lässt es sich zurückführen, dass der Vergabende sein Vermächtnis zu seinen Lebzeiten nur noch als Nutzniesser (des Bedachten) und nicht mehr als Eigentümer innehaben konnte, wenn er sicher sein wollte, dass sein letzter Wille verwirklicht wurde. Ein Hauptproblem, welches bei der Ausbildung des deutschen Vergabungsrechts bewältigt werden musste, war somit die Gewährleistung der Vergabung gegenüber dem Bedachten, ohne dass der Vergabende auf die Nutzung verzichten musste. In der Frühzeit fand man die Lösung in der Einschaltung eines fiduziarischen Adoptivsohns, d. h. eines Salmannes, der beim Tode des Erblassers als Erbe über dessen Vermögen verfügen und die Vergabungen vornehmen konnte. Diese Form der Erbvergabung dürfte freilich nicht allen Bedürfnissen entsprochen haben, setzte sie doch zweifellos — wie die Adoption auch — die Kinderlosigkeit des Vergabenden voraus.

Die Gabe mit Rückgewähr gestattete nunmehr dem Erblasser, letztwillige Verfügungen zu treffen ohne Umweg über ein fiktives familienrechtliches Geschäft, und ohne dass dessen spezifische Bedingungen erfüllt zu sein brauchten. Nachdem die Existenz dieser eigenartigen Vergabungsform sich nur mit der Gültigkeit des Satzes «donner et retenir ne vaut» für Liegenschaftsschenkungen erklären lässt, ist ebenfalls die Unvererblichkeit der Investiturschuld — lediglich eine andere Formulierung dieses Satzes — erwiesen. Einzig von dieser Rechtslage her lässt sich auch c. 6 des Kapitulars von 818/19 (Capitula legibus addenda) verstehen, das die Vergabung extra comitatem regelt.

c) Die Vergabung extra comitatum

Eine Vergabung mit Rückgewähr kam extra comitatum nicht in Betracht, weil der Bedachte nicht investiert werden konnte. Der Gesetzgeber musste deshalb einen andern Weg finden, um die fehlende Verbindlichkeit der Investiturschuld für die Erben zu überbrücken. [191])

Man erblickt im c. 6 des Kapitulars von 818/19 freilich mehr als lediglich die Regelung der letztwilligen Verfügung extra comitatem und nimmt an, diese Bestimmung habe jede beliebige Liegenschaftsübertragung extra comitatem zugelassen. [192]) Eine solche Annahme geht zu weit. Unzweifelhaft setzt ja das Kapitular den Tod des Veräusserers in der Fremde voraus, was bereits Schröder/Künssberg festgehalten haben. [193])

Einzig das Verhalten der Erben gegenüber einem Dritten, der Anspruch auf den Freiteil ihres in der Ferne verstorbenen Erblassers erhebt, macht denn auch eine besondere Ordnung der Veräusserungen extra comitatem begreiflich: Dieser Tatbestand war es, der in erster Linie Konfliktstoff in sich barg, denn der Heimkehrer — auch wenn er vielfach seiner in der Fremde gemachten Veräusserungen reuig sein mochte — wird angesichts der Zeugen, die sein gegebenes Wort bestätigen konnten, bedeutend leichter zur Erfüllung des Veräusserungsvertrages zu bewegen gewesen sein, als die Erben, welche sich durch keine Abrede persönlich gebunden hatten. Die Möglichkeit einer Heimkehr des Veräusserers fasste das Kapitular denn auch gar nicht ins Auge: Bezeichnenderweise verlangt es abschliessend, dass die Erben mit dem Bedachten die Abteilung vorzunehmen hätten und falls nötig durch den Grafen hiezu gezwungen werden sollten.

Die Ausschaltung der Erben, worauf das Schwergewicht gelegt wird, konnte indessen nicht in derselben Weise geschehen wie intra comitatem, da jede Möglichkeit zur Vorausnahme der Besitzübertragung fehlte. Die Korrektur des «donner et retenir ne vaut» sollte die Heranziehung eines Salmanns bringen, eines «fideiussor investiturae qui ei qui illam traditionem accipit, vestituram faciat.» Damit aber nicht genug: Immer noch herrschte hinsichtlich der Haltung der Erben grösste Unsicherheit, weshalb der Veräusserer nach Abschluss der Sala ein zusätzliches Gelübde zu leisten hatte:

---

191) Heusler: Gewere S 482 f.

192) Sohm: Auflassung S. 91; Brunner: RG d. Urk. S. 277

193) Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 308 Anm. 61; Alfr. Schultze: Augustin und der Seelteil S. 53 f., 58 f.

«Insuper et ipse per se fidemiussionem faciat eiusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem inmutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi.»

Dieses Gelöbnis unterstreicht den Tenor unserer Bestimmung wohl am augenfälligsten, wird es doch nicht im Hinblick auf ev. Sinnesänderungen des Vergabenden vorgeschrieben, [193a]) sondern im Hinblick auf die zu erwartenden Widerstände von Seiten der Erben, welche sich auf die bestehende Rechtsordnung des «donner et retenir ne vaut» stützen wollten. Es sollte den Erben nicht nur jede Möglichkeit nehmen, die Vergabung umzustossen, sondern sie darüber hinaus verpflichten, die Investitur vorzunehmen. — Zur Bekräftigung heisst es abschliessend:

«Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem.»

Die Verpflichtungen, welche das Gelübde des Veräusserers begründete, waren nicht rechtlicher, sondern moralischer Natur. Die umständliche Schenkung mit Rückgewähr intra comitatem hätte sich ja erübrigt, wenn bereits durch ein Gelöbnis die Unvererblichkeit der Investiturschuld hätte beseitigt werden können. Auf die bloss moralische Bedeutung, welche das Gelöbnis für die Erben hatte, weist auch ein anderer Umstand hin: Die Form ist — wie der Gesetzestext ersehen lässt — dieselbe, wie jene, die bei der Salmannbestellung zur Anwendung gelangte. [194]) Die Verpflichtungen des Salmanns sind indessen — genau wie jede sonstige Obligation — unvererblich, [195]) sodass auch die fideiussio unseres Kapitulars bloss eine moralische Bindung der Erben bewirkt haben konnte. Die hohe Einschätzung der Wirkungskraft des Treugelübdes erstaunt keineswegs, wenn man sich die Elemente vergegenwärtigt, auf denen es aufbaut. Davon wird weiter unten (§ 10, B. 3.) die Rede sein.

Die Einschaltung des Salmanns — mit der man extra comitatem das «donner et retenir ne vaut» zu neutralisieren suchte — stellte im übrigen keine Neuerung dar. Auch intra comita-

[193a]) Wenn Heusler (Gewere S. 483 und Alfr. Schultze (Augustin und der Seelteil des germ. Erbrechts S. 53) annehmen, das Gelöbnis (sie sprechen von Selbstbürgschaft) sei im Hinblick auf die event. Rückkehr des Vergabenden gegeben worden, so steht ihnen der klare Gesetzestext entgegen.

[194]) Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 309 Anm. 63; Schultze: a. a. O.

[195]) Ernst Mayer: Einkleidung S. 26 ff.

tem kam es ja vor, dass die Investitur des Bedachten zu Lebzeiten des Vergabenden nicht mehr möglich schien, sodass ein Salmann einspringen musste (vgl. S. 33).

d) Das Wartrecht

Es dürfte somit ausser Frage stehen, dass der Grundsatz «donner et retenir ne vaut» auch im Liegenschaftsrecht gegolten hatte. Soweit ist Heusler zuzustimmen. Darüber hinaus nimmt er aber an, die Unvererblichkeit der Investiturschuld gehe auf das Wartrecht zurück, sodass sie keine Rückschlüsse auf den rechtlichen Charakter von Sala und Investitur erlaube. [196]) Insbesondere ergebe sich hieraus kein Argument zu Gunsten der dinglichen Konzeption der Investitur. An diesem letzten Satze ist es Heusler vor allen Dingen gelegen, erblickt er doch in der Sala den dinglichen Verfügungsakt.

Dass das Wartrecht auf die Unvererblichkeit der Investiturschuld einen Einfluss gehabt hatte, erscheint indessen von vornherein deswegen unglaubwürdig, weil der Freiteil — auf den sich ja die Vergabungen ausschliesslich bezogen haben — bewusst als Gegensatz zum erbanwartschaftlich gebundenen Vermögen geschaffen worden war. Bei der Ausgestaltung der Vergabungen zum Seelenheile (welche der Freiteil ermöglichen wollte) musste demnach jeder Einfluss des Wartrechts ausgeschaltet gewesen sein. [196a]) Nichts verbietet deshalb die naheliegende Annahme, dass die Unverbindlichkeit der Investiturschuld für die Erben nichts anderes gewesen ist, als ein Anwendungsfall der allgemeinen Regel, wonach unentgeltliche Obligationen unvererblich waren.

§ 10. Die Stellung der Sala innerhalb des germanischen Obligationenrechts.

1. Allgemeines

Das germanische Obligationenrecht ist beherrscht durch die urtümliche Scheidung von Schuld und Haftung, von Leisten sollen und Einstehen müssen. [197]) Grundsätzlich stand der Gläubiger seinem Schuldner machtlos gegenüber, wenn dieser ihm nicht eine Realsicherheit (Pfand) oder eine Zugriffs-

---

[196]) Heusler: a. a. O. S. 47 f.

[196a]) Alf. Schultze: Augustin und der Seelteil des germanischen Erbrechts. 1928 S. 28 f.

[197]) Vgl. für das Folgende Hübner: Grundzüge S. 493 ff. und Planitz: Vermögensvollstreckung (Einleitung)

möglichkeit auf seine Person oder sein Vermögen gab. Verständlich ist diese Ordnung nur dann, wenn man sich die Grundfunktion der Rechtsgemeinschaft vergegenwärtigt. Die Rechtsgemeinschaft ist primär Friedensgenossenschaft; ihre erste Aufgabe bestand im Schutz des Friedens ihrer Angehörigen. Der Friede des Schuldners wurde ebenso wie derjenige des Gläubigers durch die Gemeinschaft gewährleistet; dem Gläubiger war deshalb die Selbsthilfe verwehrt. Anderseits fehlte eine durch die Gemeinschaft geregelte Schuldbetreibung, sodass sich der Gläubiger grundsätzlich nur dann an Person oder Vermögen seines Schuldners schadlos halten konnte, wenn dieser vorher hiezu eingewilligt hatte oder infolge eines Friedensbruches sich des Schutzes seines eigenen Friedens verlustig gemacht hatte. Wo demnach ein Schuldverhältnis bestand, das nicht auf einen Friedensbruch zurückging, stand der Gläubiger den Schuldnern machtlos gegenüber: Der Schuldner schuldete zwar, er s o l l t e eine Leistung vollbringen, aber er m u s s t e es nicht tun: er schuldete ohne zu haften.

War nun die Sala blosses Schuldgeschäft oder bewirkte sie auch eine Haftung des Veräusserers? Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich anhand eines Vergleichs der Sala mit den beiden Formalverträgen des germanischen Obligationenrechts, mit der fides facta und der Wette.

Es herrscht heute noch keineswegs Einigkeit über die rechtliche Charakterisierung dieser Geschäfte. Vorwiegend ist man der Ansicht, beide stellen Haftgeschäfte dar; [198]) teilweise wird angenommen, die fides facta begründe darüber hinaus auch Schuldverhältnisse. [199]) Nur vereinzelt betrachtet man fides facta und Wette als r e i n e Schuldgeschäfte. [200])

Hinsichtlich ihrer formalen Ausgestaltung nehmen einige an, dass ein Unterschied zwischen fides facta und Wette überhaupt nicht bestanden habe, und dass beides Gelöbnisse gewesen seien, die unter Hingabe eines Stabes oder eines Handschuhs abgeschlossen wurden. [201]) Andere erklären den Stab für die Wette als typisch und sind der Ansicht, die fides facta sei unter Handschlag, ev. mit Hingabe eines Handschuhs, abgeschlossen worden; [202]) ergänzend erklären sie, dass die fräu-

[198]) Gierke: Schuld und Haftung, 2. u. 3. Kap. bes. S. 132 f., 259 f. v. Amira: Grundriss S. 132 ff. Nordgerm. OR I 693, 704; II 71, 804. Herbert Meyer: Recht und Volkstum: S. 16. Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 323

[199]) F. Beyerle: ZRG 47 S. 576; Hübner: Grundzüge S. 527

[200]) Planitz: DRP 3. A. 1949 S. 132

[201]) die bei Gierke angegebene Lit. (Schuld und Haftung S. 159 Anm. 51, S. 265 f.) Herbert Meyer: a. a. O S. 16 f.

[202]) Gierke: a. a. O. 132, 262 f.; Schröder/Künssberg: 320, 322 f.

kische und langobardische Wette stets mit Bürgenstellungen verbunden gewesen seien. [203]) Um das Verhältnis der Sala zur Wette und zur fides facta darzustellen, ist man deshalb genötigt, näher auf diese beiden umstrittenen Geschäfte einzugehen.

2. Die fides facta

Den Nachweis, dass die fides facta ein Haftgeschäft gewesen war, wie gemeinhin angenommen wird, hat noch niemand erbracht. Ihren verhaftenden Charakter führt die lange vorherrschende Lehre Gierkes [204]) auf den Einsatz der Treue hin, der in ihrem Zentrum gestanden haben sollte. Seit der überzeugenden Widerlegung durch Beyerle [205]) lässt sich jedoch diese Auffassung kaum mehr ernsthaft vertreten.

Franz Beyerle, der in der fides facta zugleich Schuld- und Haftgeschäft erblickt, spricht von einem «Haften in Treuen». Im Gegensatz zur Lehre Gierkes besass demnach der Gläubiger keine konkrete aussergerichtliche Befriedigungsmöglichkeit für den Fall des Schuldnerverzuges. Kann dann aber noch von «Haften» gesprochen werden? Den ursprünglichen Grundgehalt der Haftgeschäfte bildete doch gerade die Hingabe eines Realwertes oder die Einräumung einer Möglichkeit, sich notfalls Realwerte frei zu beschaffen.

Einzuräumen ist freilich, dass der Fidesfaktarschuldner gerichtlich belangt werden konnte. Die Voraussetzung dazu bildete aber nicht eine Haftverpflichtung, sondern ein Delikt. [206]) Mit aller Klarheit geht dies aus dem bekannten tit. 50 der salischen Einung hervor, worin das Gerichtsverfahren bezüglich Fidesfaktarschulden erstmals geregelt wird: [207]) Der Fidesfaktarschuldner, welcher der Zahlungsaufforderung des Gläubigers keine Folge leistete, verfiel danach der Achtbusse: einzig diese Achtbusse wurde ursprünglich im Gerichtsverfahren eingeklagt; die Befriedigung der primären Gläubigeransprüche ergab sich erst später im Gefolge der Busseintreibung. [208])

Darüberhinaus lässt auch der Entwicklungszusammenhang, in den der tit. 50 zu stellen ist, erkennen, dass der Friedens-

---

[203]) Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 318 ff.; v. Amira: Wodiation S. 30, S. 44 f.

[204]) Gierke: Schuld und Haftung S. 151 f., 163

[205]) Franz Beyerle: Ursprung der Bürgschaft ZRG 47 S. 574 ff. 612; zustimmend Hübner: a. a. O. S. 525 ff.

[206]) Planitz: Vermögensvollstreckung im dtsch. mittelalterlichen Recht. I. (1912) S. 23 f. u. 27 f.; Grundzüge: S. 131 f. Hübner: a. a. O. S. 528

[207]) Planitz: Vermögensvollstreckung a. a. O.

[208]) Palnitz: a. a. O. S. 7 u. 34 Anm. 38. a. A. Gierke: Schuld u. Haft S. 153 Anm. 31

bruch Grundlage seiner Bestimmungen gebildet hatte: Bekanntlich suchten sie die Fehde in ihren sachenrechtlichen Auswirkungen einzudämmen, d. h. sie erstrebten die Ausschaltung der bei Friedensbruch zulässigen aussergerichtlichen Pfandnahme. Demgemäss bezog sich die Neuerung des tit. 50 nur auf das Betreibungsverfahren, d. h. auf die bisher allein bestehende aussergerichtliche Pfandnahme. Indem diese aber Friedensbruch zur Voraussetzung gehabt hatte, musste auch der Ausgangspunkt der durch tit. 50 eingeführten gerichtlichen Pfändung in einem Friedensbruch bestanden haben.

Wenn der Ursprung des Fidesfaktarverfahrens somit in einem Delikt und nicht in einem Haftgeschäft lag, bewirkte die fides facta keine rechtliche Haftung sondern konnte sie nur Schuldgeschäft gewesen sein, wie Planitz zu Recht der herrschenden Meinung entgegenhält.

Den deliktischen Tatbestand, der dem Fidesfaktarverfahren zu Grunde gelegen hatte, erblickt Planitz in der Missachtung der förmlichen Gläubigermahnung. Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie hat einen völlig unbegründeten Hiatus innerhalb des natürlichen Ablaufs der Fragestellungen zur Voraussetzung. Bei jeder vertraglichen Bindung stellt sich die Frage nach den Konsequenzen bei Vertragsbruch. Sie erhob sich bei der fides facta schon zu einer Zeit, da der Gläubiger noch gänzlich nach eigenem Ermessen zur Selbsthilfe schreiten konnte, falls ein Friedensbruch vorlag. Wenn man sich in seine Lage versetzt, wird es sofort klar, dass er sein Vorgehen nicht mit dem Ungehorsam des Schuldners gegenüber seiner Zahlungsaufforderung begründete, sondern mit dessen Treuebruch. Denn im Mittelpunkte eines Denkens musste ausschliesslich die Erfüllung der fides facta gestanden haben, welche die Grundlage seiner Rechtsbeziehung zum Schuldner bildete.

Die Notwendigkeit der förmlichen Mahnung vor Einleitung des Fidesfaktarverfahrens stellt keinen Beleg für die gegenteilige Ansicht dar. Sie ist auf Grund der Natur der Sache gefordert: Denn erst im Anschlusse an die förmliche Mahnung offenbarte sich der Schuldnerverzug oder der Treubruch. Es besteht somit nicht der mindeste Anlass, den Ursprung des Fidesfaktarverfahrens in etwas anderem als im Treubruch zu erblicken. Dieser naheliegende Zusammenhang ist denn auch schon von Brunner angenommen worden. [209]) Dass man den Treubruch als Delikt aufgefasst hatte, lässt sich leicht begreifen, sobald man sich des religiösen Unterbaues der fides facta erinnert. [210]) Angesichts der engen Verschlingung von Recht

[209]) Brunner/Schwerin: DRG II S. 494

[210]) Vgl. hierüber Hübner: a. a. O. S. 528; F. Beyerle: a. a. O. 576 und 622

und Religion in primitiven Verhältnissen, kann kein Zweifel darüber bestehen, dass auch das Treugelöbnis unter feierlichster Anrufung der Götter vorgenommen worden war. Der Glaube an die dadurch entstandene magische Bindung und die Furcht vor dem Zorne der Götter, den man bei Treubruch zu gewärtigen hatte, waren in einer von Aberglauben erfüllten Welt aufs beste geeignet, das Gelübde zu einem wirksamen Verpflichtungsmittel zu machen. Wie stark diese religiösen Vorstellungen noch in der gesamten fränkischen Zeit vorherrschten, und wie bedeutend ihr Einfluss für die Rechtsverwirklichung eingeschätzt worden war, wurde bereits früher bemerkt. (§ 9 Ziff. 1). Bezeichnend sind vor allem die Verwünschungsklauseln, welche sich in den Privaturkunden regelmässig finden. [211]) Die Gleichförmigkeit ihres Ausdrucks könnte zwar zur Meinung verleiten, es handle sich um inhaltslose Formeln ohne praktische Bedeutung. Aus den Vorschriften, die ihre Anwendung gebieten, ergibt sich indessen eindeutig, wie sehr man sich ihres Gehaltes bewusst gewesen war. Es genügt in diesem Zusammenhange, auf ein Sendschreiben des Papstes Johannes aus dem 11. Jhd. hinzuweisen, dessen überbordende Formulierungen eindrücklich zeigen, wie lebendig noch der Glaube in die Kraft von Verwünschungen weit über die fränkische Zeit hinaus gewesen war. [212])

---

[211]) für das Folgende: Studtmann: Archiv f. Urk.-Forschung 12, 1932 S. 331 f,, 352 f. Voltelini: Die Fluch- und Strafklauseln mittelalterl. Urk. MIöG Erg. 11 S. 75

[212]) Cart. de Romainmôtier, in: Mémoires et Documents t. 3 1841, S. 429. Beginn d. 11. Jhd.: Papst Johannes (17., 18. od. 19.) legt allen geistlichen und weltlichen Gewalten nahe, die Integrität des Klosters Romainmôtier zu gewährleisten. Falls trotz des Eingreifens dieser Gewaltträger die Schädiger dieses Klosters in ihrem Unrecht verharrten, soll man es ihm zu wissen geben, damit er sie exkommunizieren und verfluchen könne. «Eruntque miseri in inferno dannati Juda, qui dominum nostrum impiis Judeis tradidit, et cum Pilato, qui ipsum dominum jussit crucifigi, et cum Herode, qui se ipsum interfecit, cum his sint omnes illi homines danpnati, qui terras Sti. Petri romani monasterii injuste tenent vel celant, ·lat eos dominus corruentes ante hostes suos, per unam viam egrediantur contra eos et per septem fugiant ab eis et dispergantur per omnia regna terrae; sitque cadaver eorum in escam cunctis volatilibus celi et bestiis terrae et non sit qui abigat; Percutiat eos dominus amentia et cecitate ac furore mentis, et palpent in meridie sicut palpare solet cecus in tenebris et non dirigant vias suas, omnique tempore calumniam sustineant et obprimantur violentia, nec habeant, qui liberet eos; Uxores accipiant et alius dormiat cum eis videntibus illis, Domos edificent et non habitent in eis, Plantent vineas et non vindemient eas, Et veniant omnes maledictiones iste et multe alie super omnes homines, qui terras Sti. Petri Romani monasterii injuste tenent, vel qui eas celant, nisi cito ad emendationem venerint.»

Der Zorn der Götter musste sich dem damaligen Denken entsprechend nicht nur auf den Treubrecher auswirken, sondern auch auf die Gemeinschaft, der er angehörte, [213]) sofern sich diese nicht ausdrücklich von ihm distanzierte und durch seine Verfolgung die Gottheit zur Milde bestimmte. Die Kollektivhaft war ja dem primitiven Rechtsbewusstsein ein geläufiger Gedanke, traf doch auch die Fehde nicht bloss den Friedensbrecher, sondern sämtliche Angehörigen seiner Sippe. Da allein durch Ausschluss aus der Sippe die Sippenhaft abgewendet werden konnte, war es ganz natürlich, dass sich die Volksgemeinschaft in derselben Weise der göttlichen Strafe — die ihr in Folge des Treubruchs eines ihrer Angehörigen drohte — zu entziehen suchte. Von hieraus ist die Verhängung der Acht bei Treubruch zu verstehen.

Das erst spätere Hinzutreten der Wette zur fides facta stellt für diese Sicht der Dinge eine gute Bestätigung dar. Die Wette — ein Haftgeschäft — ist nach der herrschenden Meinung freilich seit jeher (zum mindesten seit der salischen Einung) mit dem Treugelöbnis verbunden gewesen. [214]) Einen entsprechenden Nachweis hierüber hat indessen noch niemand geführt. Er wird sich auch nie führen lassen. Denn trotz der vielfältigen Erwähnung des Treugelöbnisses der salischen Einung findet sich nicht die geringste Andeutung, die auf seine Verbindung mit der Wette bezogen werden könnte. Nicht einmal von einem fidem facere per festucam, d. h. unter Heranziehung des typischen Wettesymbols, ist in ihr die Rede.

Diese negativen Feststellungen gelten auch für das Urteilserfüllungsgelöbnis, das in der salischen Einung vornehmlich zur Sprache kommt. Obwohl es nach der herrschenden Lehre stets in eine Wette gekleidet gewesen war, tritt es dort nur als einfaches fidem facere in Erscheinung. [215]) Es kann hieraus kein anderer Schluss gezogen werden, als dass das Erfüllungsgelöbnis ursprünglich reines Treuegelübde gewesen ist, zu welchem sich erst nach der salischen Einung die Wette gesellt hatte. Eindeutige Belege hierüber sind uns seit dem 8. Jhd. erhalten, [216]) sofern man nicht schon im fidem facere per festu-

[213]) Von hier aus ist insbesondere die Wirkungskraft des im Anschlusse an die Vergabung extra comitatem abgegebenen Treugelübdes zu verstehen. Vgl. § 9 lit. c.

[214]) Gierke: Schuld und Haftung S. 151, 153, 157; vgl. auch Brunner/Schwerin: S. 494

[215]) Vgl. sal. Einung tit. 50, 1, 2, 3; tit. 56; Extravagantes 55, 4 a (Germanenrechte Bd. 1 S. 96)

[216]) Beispiele bei Gierke (Schuld u. Haftung S. 156 Anm. 43) z. B. «ipsas res per eorum wadia una cum legibus fide facta (dem Kläger) visi sunt reddidisse vel revestisse ... (Urk. d. Karol. I No. 110 a. 775)

cam — das sich früher findet [217]) — einen genügenden Beweis erblicken will.

Beyerle stützt seine gegenteilige Auffassung mit einer bestechenden Charakterisierung von fides facta und Wette: Indem die fides facta vom Vertrauen in die Redlichkeit des Gegenkontrahenten getragen worden sei, habe sie zwischen verfeindeten Personen, wie es die Prozessgegner gewesen sind, nicht zur Anwendung gelangen können; in diesem Falle sei nur die — eine Realsicherheit vermittelnde — Wette in Frage gekommen. [218])

Die Tatsache, dass in der ältesten Rechtsquelle des germanischen Rechts nicht die Wette, sondern die fides facta als Form des Urteilserfüllungsgelöbnisses auftritt, kann indessen nicht übersehen werden. Offenbar hatte das Treugelübde in der Frühzeit auch unter verfeindeten Leuten gute Dienste geleistet. Angesichts ihrer Wirkungsweise erstaunt dies keineswegs. Denn abgesehen von der — für jene Epoche noch besonders hoch einzuschätzenden — psychologischen Bedeutung ihres magischen Unterbaues, war ja der Gläubiger bei Treubruch, der einen Friedensbruch dargestellt hatte, befugt, zur Selbsthilfe zu schreiten und den Schuldner eigenmächtig auszupfänden.

Die Ursache der Verbindung von fides facta und Wette kann nur im Nichtgenügen des Treugelübdes gesehen werden. [219]) Tatsächlich hatte ja die salische Einung durch Ausschaltung der aussergerichtlichen Gläubigerpfändung die Wirkungskraft der fides facta erheblich eingeschränkt: Der Gläubiger konnte nicht mehr unmittelbar im Anschluss an den Treubruch die Pfändung des Schuldners vornehmen, sondern erst nach einem langwierigen Gerichtsverfahren. (Die Pfändung durch eine Amtsperson war in diesem Anfangsstadium der gerichterlichen Pfandnahme noch nicht bekannt.) [220]) Die dadurch eingetretene Verschlechterung seiner Stellung konnte vor allen Dingen der Prozessgläubiger nicht stillschweigend in Kauf genommen haben. Er war der erste, der auf eine Kompensation, d. h. auf eine zusätzliche Sicherung gepocht haben musste. Eine solche Garantie bot die Wette, die deshalb schon bald dem Erfüllungsgelübde beigefügt worden sein dürfte. [221])

---

[217]) MGH Diplomatum imperii I (Pertz) No. 66 a. 698 «Sic ei fuit iudecatum, ut in exfaido et fredo solidos quindece pro ac causa fidem facere debirit; quod ita et in praesenti per fistuga visus est ficisse.»

[218]) F. Beyerle: ZRG 47 S. 609, 622.

[219]) Schwerin: Germ. RG S. 197 f.

[220]) Planitz: Vermögensvollstreckung S. 37

[221]) Gierke führt die Vereinigung von fides facta und Wette auf die angeblich verschiedenartigen haftungsrechtlichen Wirkungen zurück. (Schuld

Die fides facta ist demnach als Gelübte mit religiösem Hintergrund zu bezeichnen, dessen Bruch Delikt war und deshalb dem Gläubiger ursprünglich gestattete, zur Selbsthilfe zu schreiten. Später konnte bei Treubruch bloss noch das Achtverfahren eingeleitet werden. [222]) Sie begründete kein Haftverhältnis sondern war Schuldgeschäft, ein Schuldgeschäft allerdings, dessen Erfüllung durch besondere Unrechtsfolgen sichergestellt wurde. Diese Sanktionen unterscheiden denn auch das Treugelöbnis von andern Schuldgeschäften und erklären, weshalb es gelegentlich zu deren Verstärkung herangezogen wurde.

Hinsichtlich der Gestalt der fides facta ist aus den Quellen nichts Eindeutiges zu ersehen. Anzunehmen ist, dass das Gelübde unter Handreichung abgegeben wurde. [223]) Keineswegs lässt sich aber der Stab als ihr typisches Symbol nachweisen. Er findet sich ursprünglich nie, später nur vereinzelt im Zusammenhang mit der fides facta erwähnt. In all diesen Fällen zeigt er die Verbindung mit der Wette an, war doch die festuca mit der Wette (soweit es sich um eine Bürgschaftswette handelte) untrennbar verbunden gewesen. (Vgl. die nachfolgende Ziffer). Gerade aus diesem Grunde ist es wenig wahrscheinlich, dass man sie gleichzeitig auch als Symbol der fides facta verwendet hatte.

3. Die Wette

Wie schon mehrfach angedeutet ist die Wette im Gegensatz zur fides facta Haftgeschäft. Planitz [224]) setzt sie zwar in allen Teilen der fides facta gleich und bezeichnet sie ebenfalls als Schuldgeschäft. [225]) Angesichts der Ausführungen Beyelers [226]) kann ihm aber nicht gefolgt werden.

---

und Haftung S. 129 ff., 270). Seit den erw. Ausführungen F. Beyerle's steht es aber ausser Frage, dass der fides facta kein Haftungsgegenstand zu Grunde gelegen hat (ZRG 47 S. 607 ff., 574 ff.). Die aussergerichtliche Pfändungsbefugnis des Fidesfaktargläubigers, welche sich aus dem tit. 50 erschliessen lässt, macht anderseits aber auch die Ansicht Beyerle's zunichte, wonach die fides facta zu einem unbestimmten und keinerlei Zugriffsrechte vermittelnden «Haften in Treuen» geführt habe. Abgesehen davon wäre es bei dieser Bedeutung der fides facta unerklärlich, warum man das Treugelübde erst nach der salischen Einung mit der Wette zu verbinden pflegte.

das Vermögen beschränkte Friedloslegung nach sich (Planitz: a. a. O. S. 27)

[223]) Gierke: Schuld und Haftung S. 270 f.; 284/5; 295. Hübner: a. a. O. S. 524

[222]) Dieses Achtverfahren zog übrigens schon sehr frühzeitig eine bloss auf

[224]) Planitz: Grundzüge S. 132

[225]) Auch Herbert Meyer (a. a. O.) macht keinen grundsätzlichen Unterschied und betrachtet die Wette als Weiterbildung der fides facta.

[226]) Beyerle: ZRG 47 S. 571 ff.; Hübner: a. a. O. S. 528; Schwerin: GRG 38 f. 197 f.

Bezeichnend ist bereits die Ausdrucksweise: «Wette», «wadium», «wadiare». Wadium heisst bekanntlich Pfand, [227]) was darauf hinweist, dass mit der Wette ursprünglich durch Hinterlage eines Realwertes die Erfüllung einer Schuld gewährleistet werden sollte. Allerdings stellte die vielfach als wadium verwendete festuca keinen Realwert dar. In diesem Falle trat jedoch stets eine Bürgschaft hinzu. Da sich Beyerle hinsichtlich der regelmässigen Verbindung der Bürgschaft mit der Stabwette nicht expressis verbis ausspricht, soll dies nachstehend an Hand der von ihm selbst gegebenen Grundlagen noch dargetan werden.

Den Ausgangspunkt der Stabwette bildete jene Situation, in welcher der gerichtlich überwiesene Schuldner entweder zu zahlen hatte oder Sicherstellung leisten musste und keines von beiden zu tun in der Lage war. Preisgabe an den Schuldner oder Achtlegung bedrohten ihn nun. Anfänglich konnte er sich durch Treuegelübte Luft schaffen, allein der Gläubiger dürfte sich damit kaum mehr einverstanden erklärt haben, nachdem er auf Grund des blossen Treubruchs nicht mehr unmittelbar zur aussergerichtlichen Pfändung schreiten konnte. Dies war ganz besonders dort der Fall, wo der Prozess auf einen Treubruch zurückging. Um dem Schuldner eine letzte Gelegenheit zu geben, sich den geschuldeten Betrag auf irgend eine Weise doch noch zu beschaffen, und um ihn insbesondere dann, wenn hiefür gute Aussichten vorlagen, vor dem harten Zugriff des erbosten Gläubigers zu bewahren, wurde die Bürgschaftswette geschaffen: Zwischen Gläubiger und Schuldner konnte ein Bürge eingeschaltet werden, der den bereits an den Gläubiger verknechteten Schuldner zu treuen Handen empfing und gelobte, ihn nach Ablauf einer Frist, dem Gläubiger wieder auszuhändigen, falls er bis dahin seine Schuld nicht getilgt haben sollte.

Im rechtsgeschäftlichen Formalismus äusserte sich dies in der Weise, dass der Schuldner zunächst dem Gläubiger sein Personalzeichen gab und sich dadurch symbolisch dessen Gewalt unterwarf, worauf ihn der Gläubiger durch Weitergebung des Stabes dem Bürgen überantwortete. Ursprünglich war der Bürge Treuhänder des Gläubigers am Schuldner. Erst im Laufe der Zeit — nachdem er verschiedene Entwicklungen durchgemacht hatte — wurde er zum Zahlungsbürgen, d. h. zum Bürgen im modernen Sinne, der mit seinem eigenen Vermögen bei Ausfall des Schuldners den Gläubiger zu befriedigen hatte.

Der formellen Stellung des Bürgen als Herr und Gewalt-

[227]) Beyerle a. a. O. S. 577; Gierke: a. a. O. S. 267; vgl. dazu Ernst Mayer: Einkleidung S. 98

haber über den Schuldner entsprang seine Zugriffsbefugnis auf dessen Person, die ihn in die Lage setzte, seiner Gestellungspflicht genügen zu können. Ein weiteres Zugriffsrecht — insbesondere die Befugnis, den Schuldner zu pfänden, um den Gläubiger zu befriedigen — kam ihm nach Beyerle [228]) nur auf Grund besonderer Abrede zu. Anlass hiefür habe die Einräumung vermehrter Bewegungsfreiheit an den Schuldner gegeben, da dadurch das Risiko und die Verantwortung des Bürgen erheblich gewachsen war. Es ist indessen nicht einzusehen, weshalb der Bürge den Schuldner nicht von Anbeginn an auf freien Fuss gesetzt hatte, konnte dieser doch nur bei ungehinderter Betätigung für die Begleichung seiner Schuld aufkommen. Noch weniger ist es aber verständlich, weshalb dem Bürgen das Pfändungsrecht besonders gewährt worden sein sollte, und weshalb sich dasselbe nicht bereits aus dem Knechtschaftsverhältnis, in welchem der Schuldner zum Bürgen stand, ergeben hatte. Es muss doch angenommen werden, dass einerseits der Bürge — als Beschützer des Schuldners vor der rohen Gewalt des Gläubigers — zuerst versucht haben wird, auf das Vermögen seines Schützlings zu greifen, bevor er Hand an dessen Person gelegt hatte, und dass anderseits der Schuldner angesichts der drohenden Preisgabe an den hasserfüllten Gläubiger einem Zugriff des Bürgen auf sein Vermögen keinen Widerstand entgegengesetzt haben dürfte. Die Konstruktion eines besonderen Geschäftes, in welchem dem Bürgen Pfändungsbefugnisse am schuldnerischen Vermögen gegeben worden wären, drängt sich jedenfalls nicht auf. [229])

Bei dieser Zwangslage des Schuldners lässt sich auch nicht begreifen, weshalb der Zugriff des Bürgen auf die Fahrhabe sich beschränkt haben sollte, wie die herrschende Meinung annimmt. [230]) Der Verlust des Grundbesitzes stellte immer noch ein kleineres Uebel dar, als der Verlust der Freiheit. Tatsächlich findet sich denn auch das Immobiliarpfandrecht des Bürgen, wie Ernst Mayer gezeigt hat, [231]) bezeugt.

Da sich der Bürge dem Gläubiger gegenüber nur durch fides facta gebunden hatte, und der Schuldner der ausschliesslichen Gewalt des Bürgen anheimgestellt war, standen weder

[228]) F. Beyerle: a. a. O. S. 590, 609, 612

[229]) Und damit entfällt auch die Notwendigkeit, die festuca in diesem Zusammenhange als Sachsymbol aufzufassen.

[230]) Egger: Vermögenshaftung und Hypothek S. 400 ff. 450. Gierke: a. a. O. S. 269, 280 und 292; F. Beyerle: a. a. O. S. 580

[231]) Ernst Mayer: a. a. O. S. 21 und 23 f, 29, 31

Schuldner noch Bürge in einem Haftverhältnis zum Gläubiger. [232])

Ein solches lag nur zwischen Bürge und Schuldner vor. Die einzige Sicherheit des Gläubigers bildete die Loyalität des Bürgen, des Vertrauensmannes b e i d e r Parteien. Kam der Bürge seiner Gestellungspflicht nicht nach, konnte der Gläubiger in Ausübung seines Selbsthilferechtes zur aussergerichtlichen Pfändung (des Bürgen) schreiten. (Später blieb ihm allerdings nur die Einleitung eines Achtverfahrens offen). Der Umstand, dass das Treuegelöbnis von einem guten Bekannten stammte, gab diesem aber einen ganz andern Wert als die fides facta des feindlich gesinnten Schuldners.

Angesichts dieser Struktur der Bürgschaftswette, welche dem Bürgen volle Gewalt über den Schuldner einräumte und den Gläubiger in erster Linie auf das Vertrauen in den Bürgen verwies, ist es eine naheliegende Vermutung, dass man — sobald üblicherweise der Schuldner durch den Bürgen auf freiem Fuss gelassen wurde — die Zwischenschaltung des Bürgen mehr und mehr fallen liess. Nichts konnte den Gläubiger hindern, auf die Ausübung seines körperlichen Gewahrsams am Schuldner zu verzichten, ohne ihn der Gewalt eines Bürgen zu überlassen. In gleicher Weise wie der Bürge vermochte ja auch er kraft seiner Stellung als Gewalthaber, auf Person und Vermögen des Schuldners greifen, wenn dieser erneut in Verzug geraten sollte. [233])

Tatsächlich lässt sich diese bürgenlose Stabwette feststellen. Die allgemeine Ansicht geht dabei dahin, dass sie die ü b l i c h e Wetteform dargestellt habe. [234]) Da diese Frage in unserem Zusammenhange von Bedeutung ist, muss nachstehend näher auf sie eingetreten werden.

Auszugehen ist von der Ueberlegung, dass bei der gewaltigen Vereinfachung des Formalismus und des Verfahrens, welche die bürgenlose Stabwette mit sich brachte, die Bürgschaftswette ausgeschaltet oder zum mindesten stark eingeschränkt worden sein musste. Davon ist aber in Wahrheit keine Rede. Bereits v. Amira [235]) hatte — wenigstens für das fränkisch/langobardische Gebiet — festgestellt, dass mit der Wette regel-

---

[232]) F. Beyerle: a. a. O. S. 612; Hübner: a. a. O. S. 528

[233]) Vgl. hiezu Ernst Mayer: a. a. O. S. 12/13; 21; v. Amira: Stab S. 153; Wadiation: S. 35 f.; — Gierke: Schuld und Haftung S. 289 f.

[234]) Planitz: a. a. O. S. 132; für Gierke ist es die Grundform der Wette (a. a. O. S. 130, 270, 284, 294) Brunner/Schwerin: DRG II 484 f.

[235]) v. Amira Stab: S. 151 ff. Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 318 ff.

mässig Bürgenbestellungen verbunden gewesen waren. Für die übrigen Gebiete nimmt er allerdings an, dass nur die bürgenlose Stabwette zur Anwendung gelangt sei. Abgesehen davon, dass sich dort auch Bürgenwetten finden [236]), ist keineswegs gesagt, dass diese bürgenlosen Wetten Stab-Wetten gewesen waren. Aus der Tatsache, dass im langobardischen Recht die Wadia stets eine festuca dargestellt hatte, ergibt sich noch lange nicht, dass es sich bei den Stämmen nördlich der Alpen ebenso verhalten hatte. Wadium ist ein allgemeiner Begriff, der wohl die festuca bezeichnen k a n n , jedoch nicht bezeichnen m u s s . Unbesehen darf man deshalb wadium nur dort mit festuca gleichsetzen, wo B ü r g s c h a f t s w e t t e n abgeschlossen wurden. Der positive Nachweis für die Annahme, die wadia sei in bürgenlosen Wetten als festuca zu betrachten, ist umso unumgänglicher, als es schwer verständlich ist, dass die urtümliche und umständliche Bürgschaftswette vom fortschrittlicheren langobardisch/fränkischen Rechte beibehalten und von den weit konservativeren nördlicheren Stämmen nur noch vereinzelt angewendet worden sein sollte. [237])

Tatsächlich lässt sich denn auch nachweisen, dass die bürgenlose Stabwette ganz allgemein eine Ausnahmeerscheinung gewesen ist. Ein besonders eindrückliches Beispiel hiefür bietet für die merowingische Epoche das cap. 6 von Chilperich's Edikt. Obschon zu jener Zeit die bürgenlose Stabwette bereits bekannt war [238]), wurde dort, wo der Wettende keine Bürgen aufzutreiben in der Lage war, die Selbstbürgschaft als Notlösung vorgezogen. In genauer Nachahmung der eigentlichen Bürgschaftswette erhielt dabei der Schuldner, gleichsam als Bürge, seine festuca aus der Hand des Gläubigers zurück. [239]) Nichts könnte die Ausnahmestellung der bürgenlosen Stabwette besser veranschaulichen!

Für die karolingische Epoche gibt das cap. 15 des Capit. leg. add. von 818/19 Auskunft:

> «Si liber homo de furto accusatus fuerit et res proprias habuerit, in mallo ad praesentiam comitis se adhramiat; et si res non

[236]) Gierke: a. a. O. S. 311 f., 315, 319

[237]) Wenn v. Amira (Wadiation S. 44 ff.) und Schröder/Künssberg (a. a. O. S. 321 f.) annehmen, nur die fränkische bürgenlose Stabwette sei aus der Bürgschaft entstanden, verschiebt sich dieser Widerspruch auf das Verhältnis von langobardischer und fränkischer Wette. Denn im Gegensatz zur fränkischen ist für die langobardische Wette s t e t s Bürgschaft gefordert. (Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 320)

[238]) Beyerle: a. a. O. S. 577 f. insbes. Anm. 4

[239]) Beyerle: a. a. O. S. 583 ff.; a. A. Gierke: a. a. O. S. 148 und 60

habet, fideiussores donet qui eum adhramire et in placitum adduci faciant.» [240])

Als Voraussetzung der Wette ohne Bürgen wird ausdrücklich der Besitz eigenen Vermögens genannt. Es kann sich somit nur um eine Wette unter Hinterlage eines Pfandes gehandelt haben. Es ergibt sich dies auch aus dem nachfolgenden Satze, wo bestimmt wird, dass der mittellose Beklagte bloss Gestellungsbürgen zu geben habe; dem Kläger stand also, wenn der Beklagte nicht im Gerichte erschien, weder ein Pfändungsrecht zu, noch konnte er Hand an dessen Person legen. [241]) Demgemäss kann vorgängig nicht von einer weit einschneidenderen bürgenlosen Stabwette — die dem Gläubiger eine Zugriffsbefugnis auf Person und Vermögen des Schuldners eingeräumt hätte — die Rede gewesen sein.

Ebenso ist dem volksgerichtlichen Urteilserfüllungsgelübde des 9. Jhd. die bürgenlose Stabwette fremd gewesen. Wenn der Verurteilte weder Zahlung leisten noch Bürgen stellen konnte, blieb ihm nichts anderes übrig als seine persönliche Hingabe an Pfandesstatt. [242]) Von einer bürgenlosen Stabwette fehlte jede Spur. [243])

[240]) Das «adhramire» ist der fränkische Ausdruck für Prozesswette. (Brunner/Schwerin: II 494)

[241]) Der säumige Schuldner musste deshalb durch Fronung (Planitz: a. a. O. S. 74 ff.) gezwungen werden, vor Gericht zu erscheinen.

[242]) Planitz: a. a. O. S. 84 f.

[243]) Das Festhalten an der alten Bürgschaftswette verrät, dass die Heranziehung des Bürgen einem echten Bedürfnis entsprochen hatte. Obschon der Schuldner erst bei Verzug der Gewalt des Gläubigers überantwortet wurde, und es in diesem Falle unwesentlich erscheinen mag, ob der Gläubiger unmittelbar oder durch Vermittlung des Bürgen den Schuldner in seine Gewalt nehmen konnte, legte der Schuldner offenbar grossen Wert auf die Heranziehung eines Bürgen. (Vgl. Liutprand 36, wonach der Gläubiger zur Herausgabe der festuca verpflichtet war, sofern der Schuldner Bürgen zu stellen in der Lage war. Gierke a. a. O. S. 287). Man dürfte kaum fehlgehen, wenn man diese Erscheinung auf psychologische Momente zurückführt. Es macht einen Unterschied, ob man von einem wohlgesinnten Vertrauensmann oder von einem erbosten Gläubiger Pfändung oder gar körperliche Festnahme zu gewärtigen hatte. Reibereien waren unausweichlich und dürften öfters — besonders in weiter zurückliegenden Zeiten, in welchen es noch nicht üblich war, die Zwiste gerichtlich niederzuschlagen — die Leidenschaften jäh in Wallung gebracht und offenen Streit heraufbeschworen haben. Auch für den Gläubiger musste deshalb die Ausübung seiner Pfändungsbefugnis nicht nur höchst unangenehm, sondern gelegentlich auch gewagt erschienen sein, besonders dann, wenn es galt, einem physisch stärkeren Gegner entgegenzutreten. In diesem Zusammenhang dürften deshalb auch tit. 50 § 3 der sal. Einung und c. 8 des Ed. Chilperichs zu stellen

Eine Ausnahme scheint im königsgerichtlichen Prozess bestanden zu haben, fehlen doch in den Königsurteilen zumeist Bemerkungen, welche auf eine Bürgenstellung hinweisen. Indessen ist man gleichwohl zur Annahme berechtigt, dass auch vor Königsgericht die unterlegene Partei Bürgschaftswette geleistet hatte, wie die selbstverständliche Art, in welcher die Urkunde No. 63 b aus den Urk. d. Karolinger I a. 771 von der Heranziehung von Bürgen zum Urteilserfüllungsgelübde spricht, zu erkennen gibt. Im übrigen gilt hier ähnliches wie in Anm. 243 zu tit. 50 § 3 der salischen Einung und zu Ed. Chilp. c. 8 gesagt worden ist. Weitgehend glich die Autorität des Königsgerichts und der über das Urteil ausgestellten Urkunde eine ev. Bürgengarantie aus.

Wenn sich demnach im ausserlangobardischen fränkischen Gebiet bürgenlose Wetten bezeugt finden, liegt die Annahme näher, dass Real- und nicht Stab-Wetten vorgelegen haben. Dieser Schluss ist umso unumgänglicher, als einerseits die Identifizierung von wadium mit festuca bei bürgenloser Wette sich nirgends nachweisen lässt, anderseits aus zahlreichen Beispielen die Verschiedenheit von wadium und festuca hervorgeht. Bereits Gierke hatte sich gegen ihre Gleichsetzung gewendet und dabei beste Nachweise gegeben. [244])

Wenn er unter wadium bloss ein Pfandsymbol versteht, [245]) ist dies allerdings missverständlich. Denn primär bezeichnete man damit ein Realpfand, einen Realwert, in welcher Bedeutung wadium auch während der ganzen fränkischen Zeit verwendet wird. [246]) Besonders deutlich ist das Capitula e conciliis excerpta a. 826 von Ludwig dem Frommen, worin die Gleichsetzung von wadium und pecunia offen zu Tage tritt.

cap. 7 XVIII

«Dictum est nobis, quod in quibusdam lo-

sein, in welchen der Gläubiger — der den Grafen zur Pfändung auffordert — diesem gegenüber eine bürgenlose Stabwette eingeht. Der Graf besass Machtmittel zur Genüge, um jeden etwaigen Widerstand des Schuldners zu brechen. Auf diese praktischen Schwierigkeiten, welche die Durchführung einer Pfändung vielfach heraufbeschwor, lässt es sich denn auch zurückführen, dass dem Gläubiger bereits in der sal. Einung die Möglichkeit gegeben wurde, seine Forderung durch den Grafen eintreiben zu lassen.

[244]) Gierke: a. a. O. S. 262 f.

[245]) a. a. O. S. 130, 155, 262, 269.

[246]) Gierke: a. a. O. S.34 Anm..48 auch Anm. 49. Unter «wadium» wurde — im Gegensatz zu «pignus» — nicht das genommene, sondern das gegebene Pfand verstanden. Vgl. beispielsweise Capit. leg. add. 803 c. 8: «Liber qui se loco wadii in alterius potestatem commiserit . . .»

cis episcopi et comites ab incestuosis et ab his qui decimas non dant wadios accipiant et a praesbiteris pro quibusdam neglegentiis et inter se pecuniam dividant».

Freilich dürften die Pfänder vielfach nicht genügend gewichtig gewesen sein, um einen wirksamen Druck auf den Schuldner auszuüben, wofür die Einführung der Fronung gegenüber dem ausstehenden Geladenen (vgl. Anm. 241) einen guten Anhaltspunkt bietet. Das Wadium nähert sich in diesem Falle dem Scheinpfand. [247])

Einem Wertschwund des wadiums mussten aber irgendwelche neue Berechtigungen des Gläubigers gegenübergestanden haben. Nachdem die eben erwähnte Fronung verrät, dass der Wettgläubiger ebenso wie der Fidesfaktargläubiger gerichtliche Hilfe beanspruchen konnte, ist anzunehmen, dass gleich wie im Streitbeendigungsverfahren die Annäherung des wadiums an ein Scheinpfand zur Verbindung von Wette und fides facta geführt hatte. [248])

Für unsern Zusammenhang ist indessen einzig von Bedeutung, dass Stab-Wetten grundsätzlich mit Bürgschaften verbunden gewesen waren, und dass Urteilserfüllungswetten immer Bürgschaftswetten dargestellt haben, d. h. dass das «reddere per wadium» nur ein «reddere per festucam» gewesen sein konnte.

4. Das Verhältnis der Sala zu fides facta und Wette.

Bei der Abgrenzung der Sala gegenüber fides facta und Wette ist vom prozessualen Rückgabeversprechen, vom reddere oder reinvestire per wadium auszugehen. Seine Vornahme in der Form der Wette steht nach den vorhergehenden Ausführungen ausser Frage. Das Vorherrschen des Ausdrucks «wadium» sowie die ständige Verbindung mit der Bürgschaft sind Beweise genug.

Auf die formale Identität des «reddere per wadium» mit dem «tradere per festucam» d. h. mit der ausserprozessualen Sala, ist schon früher hingewiesen worden, wobei festgestellt wurde, dass sich von hier aus auch auf eine weitgehende Identität der

---

[247]) Von hier aus ist die Verwendung von Handschuh, Messer und andern geringfügigen Pfändern innerhalb der bürgenlosen Wette zu begreifen. Mit dem Verluste ihrer Pfandqualität mussten sie schliesslich zu blossen Perfektionssymbolen der bürgenlosen Wette werden. Vgl. dazu Ernst Mayer a. a. O. S. 98

[248]) Nach Gierke ist das wadium ein die gesamte Fahrnis repräsentierendes und verhaftendes Pfandsymbol. Nach v. Amira — der wadium und festuca einander gleichsetzt — ist das wadium der Botenstab, der gleich einem Pfande hingegeben wurde. (Stab 151 und Wadiation a. a. O.)

rechtlichen Bedeutungen schliessen lasse. Am grundsätzlich obligatorischen Sinngehalt der beiden Formeln kann jedenfalls kein Zweifel bestehen. Die Frage ist nur die, ob das «tradere per festucam» ebenso auf eine qualifizierte Obligation hinweist wie das «reddere per wadium». Dies ist zu verneinen. Von bezeichnender Auffälligkeit ist bereits die differenzierte Handhabung der Ausdrücke «wadium» und «festuca». Wenn sich zwar sowohl in der prozessualen wie in der ausserprozessualen Veräusserung beide Begriffe finden, so verrät das eindeutige Uebergewicht des «wadium» in der prozessualen und der «festuca» in der ausserprozessualen Gabe doch, dass irgendeine rechtliche Verschiedenheit vorgelegen haben musste. Dieser Rückschluss wird dadurch bestätigt, dass die prozessuale Rückgabe regelmässig, die ausserprozessuale selten von Bürgenstellungen begleitet worden war. Da die Bürgschaft das typische Kennzeichen der Stab-Wette darstellt, konnte somit die ausserprozessuale Gabe nicht — oder wenigstens nicht regelmässig — in eine Wette gekleidet gewesen sein.

Ebenso eindeutig ist aber, dass die Sala nicht eine Erscheinungsform der fides facta darstellte. Weder findet sich ein terminologischer Anhaltspunkt, noch stimmen Sala und fides facta in ihren Symbolen überein. Für die Sala ist bekanntlich die festuca charakteristisch, während sich bei der fides facta keine spezifischen Symbole nachweisen lassen.

Die Sala ist demnach nicht Haft- sondern reines Schuldgeschäft. Man kann sie — da sie sich mit der fides facta nicht identifizieren lässt — als Schuldgeschäft sui generis bezeichnen. Sie umfasste eine dispositiv klingende Veräusserungserklärung, die unter Hingabe einer festuca abgegeben wurde. Ein konkreter Sinngehalt kam der festuca in diesem Zusammenhange nicht zu; insbesondere war sie nicht Repräsentant des Geschäftsgegenstandes. Ihre Verwendung erklärt sich entwicklungsgeschichtlich: Sie bildete Bestandteil der Urform des Liegenschaftsgeschäftes, der Affatomie, wo ihrer Hingabe noch eine spezifische Bedeutung zukam. In der Sala stellte dagegen die festuca nur noch ein leeres Formrequisit dar.

III. Das nordische Recht.

Die bisherigen Darlegungen haben gezeigt, dass sich das germanische Liegenschaftsrecht in anderer Weise aufgebaut hatte, als gemeinhin angenommen worden ist. Seit seinen Anfängen muss es zweigeteilt gewesen sein, wobei ein ausserhalb des Grundstücks vorzunehmender und ein an das Grundstück gebundener Akt auseinanderzuhalten sind: Die Sala, ein Veräusserungsvertrag von r e i n o b l i g a t o r i s c h e r Bedeutung und die Investitur, als Uebereignungsakt.

Bestätigt werden diese Ergebnisse durch die Tatsache, dass die nordischen Quellen noch im 13. Jhd. einen völlig identischen Aufbau des Liegenschaftsveräusserungs-Geschäftes bezeugen. Auch im nordischen Recht umfasste die Liegenschaftsveräusserung grundsätzlich zwei Vorgänge: Den Veräusserungsvertrag (Schenkungs- Kauf- Tauschvertrag) und die sogenannte Schossung (schwed: skötning; norweg: skeyting) den Zuwurf von Erde an den Erwerber. [249]) Die Schossung konnte nach dem norwegischen Gulathing im Gericht, vor der Kirchgemeinde, bei einem feierlichen Trinkgelage oder auf einem grösseren, bemannten Schiffe vorgenommen werden; nach dem Frostathing hingegen ist sie an das Grundstück gebunden. [250]) Ausser Frage steht, dass sie ursprünglich reiner Grundstücksakt gewesen ist, und dass man erst im Laufe der Zeit angefangen hatte, sie vom Grundstück wegzuverlegen. [251]) Im schwedischen Recht kam es nicht einmal im 13. Jhd. zu einer völligen Lösung des Liegenschaftsgeschäftes vom Grundstück. Wohl erfolgte der Schosswurf in der Regel im Gericht, [252]) allein stets schloss sich ihm obligatorisch die Umfahrt, d. h. die Aufweisung der Grenzen an. Die naheliegende Annahme, dass Schossung und Umfahrt ursprünglich gleichzeitig vorgenommen worden sind und eine Einheit gebildet haben, wird durch die gebräuchliche Benennung der Schossung als «umfaerdh» bestätigt. [253])

Der Veräusserungsvertrag hatte bloss o b l i g a t o r i s c h e Wirkung, von einer dinglichen Einwältigung ist keine Rede. [254]) Er liess für den Veräusserer u. a. eine Uebereignungsschuld entstehen. [255]) Demgemäss konnte es auch notwendig werden, ihn

---

[249]) v. Amira: Nordgerm. OR I 512. II 625

[250])v. Amira: a. a. O. II 627

[251]) v. Amira: a. a. O. II 623, 628

[252]) v. Amira: a. a. O. I 512

[253]) v. Amira: a. a. O. I 515

[254]) v. Amira: a. a. O. I 554, II 685

[255]) v. Amira: a. a. O. II 686

mit Haftgeschäften zu verbinden. Nach älterem götischem und wahrscheinlich auch nach ostgötischem Recht war eine derartige Verbindung obligatorisch und stellte ein essentiale negotii dar. [256])

Des weitern bildete bei Konflikten, die auf Grund eines Doppelverkaufes entstanden nicht der frühere Kaufvertrag das Entscheidungskriterium sondern die frühere Besitzergreifung. v. Amira vertritt allerdings eine andere Meinung. In erster Linie stützt er sich dabei auf Kap. 6 pr. der Uplandslag (Abschnitt von den Grundstücken), welches in seiner eigenen Uebersetzung lautet:

> «Binden Zwei ein Erwerbsgeschäft an Einen, ob dieses ist Kauf oder Tausch, dann wird gegeben dessen fastar (Festigern) das Beweiswort, der früher kaufte. Der fordere seinen (Kauf)preis zurück, der später kaufte, und jener büsse drei Mark für seinen unerfüllbaren Verkauf».

In einer von Amira selbst angeführten andern Handschrift der Uplandslag [257]), heisst es aber eingangs statt «der früher kaufte» «der besitzt und nützt. Hat er einen Pächter, verfüge der über das Land, der die Nutzung daran hat.» v. Amira nimmt an, es handle sich bei dieser Fassung um eine Textverderbnis, da es anschliessend wie in den andern Ueberlieferungen heisst «der später kaufte», was widersprüchlich sei. Ein Widerspruch würde aber nur dann vorliegen, wenn sich das «später kaufte» bloss auf den Veräusserungsvertrag bezogen hätte. Allein unter «Kauf» kann auch das Veräusserungsgeschäft als Ganzes verstanden worden sein, d. h. Veräusserungsvertrag samt Schossung und Umfahrt; keineswegs wird «Kauf» ausschliesslich als technische Bezeichnung des obligatorischen Vertrages verwendet. [258]) Die Belegstelle, welche v.Amira anführt, spricht somit nicht für, sondern gegen seine Auffassung. Dies wird unterstrichen durch die nächstfolgende Vorschrift des tit. 6.

> Upl. 6 § 1 [259]):
>
> «Wenn zwei ein Erwerbsgeschäft an einen binden, baut keiner von ihnen auf (dem Land) und hat keiner rechte Gewere an dem

[256]) v. Amira: a. a. O. I 344

[257]) v. Amira: a.a. O. I 556

[258]) v. Amira: a. a. O. I 541, II 676

[259]) Uebersetzung von Schwerin, Germanenrechte Bd. 7 S. 170. v. Amira erwähnt diese Bestimmung bloss kursorisch und an völlig anderer Stelle (I 567)

Land, so habe der das Land, auf dessen Seite sich der Verkäufer stellt, und jener binde die Festiger wegen des Kaufpreises (er fordert unter Zeugnis der Festiger den Kaufpreis zurück), und der büsse drei Mark, der zweien eine Sache verkaufte, wegen seines unerfüllten Verkaufs».

Danach war also — wie v. Amira an anderer Stelle selbst anerkennt [260]) — in Doppelverkäufen, bei denen der Veräusserer sich des Besitzes noch nicht entzogen hatte, der frühere Kauf völlig belanglos; über die Zuweisung des Gutes an einen der beiden Käufer entschied der Veräusserer nach freiem Willen.

Wenn beim Tatbestand, den die vorhergehende Bestimmung Upl. 6 pr. vorsieht, der frühere Vertragsabschluss (nicht die frühere Besitzergreifung) das Entscheidungskriterium gebildet hätte, dann wäre diese Regelung gänzlich unverständlich. Es lässt sich jedenfalls kein Grund aufzeigen, weshalb der frühere Vertragsschluss hier nicht ebenfalls das Entscheidungskriterium gebildet haben sollte.

Die Bedeutungslosigkeit der zeitlichen Folge der Vertragsschlüsse zeigt sich darüber hinaus auch da, wo nach einer Doppelveräusserung Tausch- und Kaufgläubiger einander gegenüberstehen, ohne dass einer der beiden sich im Besitze der Sache befindet. [261]) Auch hier gab nicht der frühere Geschäftsabschluss den Ausschlag. Doch konnte der Veräusserer nicht mehr nach eigenem Gutdünken über die Zuweisung entscheiden, vielmehr wurde auf die Art des Rechtsgeschäftes abgestellt: Der Kaufgläubiger hatte vor dem Tauschgläubiger zurückzutreten.

Man erkennt hieraus deutlich das Bestreben des Gesetzgebers, den Konflikt anhand objektiver Momente zu lösen und die Zuordnung des Gutes dem Belieben des Veräusserers zu entziehen. Dass hiebei nicht auch auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses abgestellt wurde, bestätigt nur, dass derselbe als Entscheidungskriterium völlig ausgefallen war.

Dieses Ergebnis ist umso zwingender, als sich sämtliche eben angeführten Bestimmungen in einem Abschnitt zusammengefasst finden, was keinen Zweifel darüber offen lässt, dass ihnen allen dieselben Voraussetzungen zu Grunde gelegen haben. Ihre losgelöste Betrachtung — auf der v. Amira seine Ausführungen aufbaut — ist durch nichts gerechtfertigt. Ihre ge-

[260]) v. Amira: a. a. O. I 567

[261]) Uplandslag (Abschnitt v. d. Grundstücken) cap. 6 § 3

samthafte Schau lässt es indessen in die Augen springen, dass der Schreiber der erwähnten Variante Upl. 6 pr. nicht irrtümlich aus § 1 den Schluss gezogen hatte, derjenige, zu dessen Gunsten im principium entschieden werde, müsse allemal der Besitzer sein. [262])

Es ist deshalb doppelt ungerechtfertigt, wenn v. Amira die analogen westgötischen Bestimmungen als Ausnahmefälle abtut. [263]) Es kann sich nur um Anwendungen einer allgemeinen Regel handeln, welche sogar v. Amira (wenn auch bloss für das ältere westgötische Recht) für möglich hält.

Indem sich damit erneut bestätigt hat, wie wenig beim Nachweis des nackten Veräusserungsvertrages auf den Ausdruck «kaufen» abgestellt werden kann, geht auch den andern Belegen, mit denen v. Amira die Bedeutungslosigkeit des früheren Besitzes beim Doppelkauf aufzuzeigen versucht hatte, jeder Beweiswert verloren. [264]) Denn auch in ihnen wird wie im Upl. 6 pr. demjenigen der zuerst «gekauft» hatte, das Gut zugehalten.

Die norwegischen Belege v. Amiras sprechen ebenfalls in keiner Weise für den Vorgang des früheren Kaufabschlusses bei Doppelkauf. Die eine Quellenstelle [265]) bezieht sich auf den Fahrniskauf und kommt deshalb in unserem Zusammenhange nicht in Betracht. Die andere Stelle [266]) dagegen entbehrt wegen der Unbestimmtheit ihrer Ausdrucksweise jeder Beweiskraft. Denn auch nach norwegischem Sprachgebrauch wird unter «kaufen» (wie v. Amira selbst dargetan hat) [267]) nicht bloss der Kaufvertrag sondern auch die Uebereignung, d. h. die Hingabe des Kaufsgegenstandes verstanden. Darüberhinaus enthält der (wörtliche) Gesetzestext [268]) sogar noch eine ausdrückliche Widerlegung der Auffassung v. Amira's, indem es darin heisst: «Der soll es (das Land) haben, der es zuerst übernommen hat».

[262]) wie v. Amira annimmt: I 556 Anm. 2

[263]) v. Amira: a. a. O. I 557

[264]) Stadslag (König Magnus Erikssons) Köpmala 14 § 1 und Oestgötalagen Eghna salur 14 §1

[265]) Gulathing cap. 40

[266]) Gulathing cap. 78

[267]) v. Amira: a. a. O. II 678

[268]) Uebersetzt von Rud. Meissner in «Germanenrechte» Bd. 6. (Vgl. Einleitung S. I)

3. Kapitel

DIE LÖSUNG DES LIEGENSCHAFTSGESCHÄFTS VOM GRUNDSTÜCK

§ 11. Die symbolische Investitur.

Das Bedürfnis nach einem bequemeren, von der realen Investitur unabhängigen Sacherwerb hat — wie schon unten erwähnt worden ist — zur symbolischen Investitur mit einer symbolischen Sachübergabe geführt.

1. Die Auflassung.

Seit Sohm [269]) ist es die herrschende Ansicht, dass die ursprünglichste Form der symbolischen Investitur die Auflassung d. h. die symbolische Verlassung des Gutes, das «se exitum dicere per festucam», gebildet habe. Erst viel später soll die symbolische Investitur die Gestalt einer genauen Nachahmung des realen Einweisungsaktes erhalten haben, erst seit dem 9. Jhd. nämlich ist nach Sohm vorgängig der Auflassung eine symbolische Uebergabe des Gutes vorgenommen worden. [269a])

So fest und verbürgt man diese Lehre heute noch hält [270]) — es kann ihr bei genauerem Zusehen nicht gefolgt werden. Zweifel weckt bereits der Umstand, dass ihr eine völlige Verkennung der gegenständlichen Rechtsauffassung der Germanen zu Grunde liegt. Die ursprünglichste Gestalt der symbolischen Besitzesübertragung konnte nur in einer möglichst getreuen Nachbildung der realen Besitzesübertragung bestanden haben, d. h. nicht bloss in einer symbolischen Verlassung, sondern auch in einer symbolischen Uebergabe des Grundstücks. In der Auflassung allein lässt sich höchstens eine Endform der symbo-

---

269) Eheschliessung S. 83 ff.; Auflassung S. 90 ff.

269a) In ZRG 1 S. 34 vertritt er freilich eine andere Ansicht und nimmt an, dass der Auflassung ursprünglich ein positiver Akt vorausgegangen sei. Ausschlaggebend für seine Wandlung ist indessen einzig die Missdeutung des dem exitum dicere vorangehenden Investiturgedinges gewesen. Vgl. a. a. O. S. 31 Anm. 40

270) Brunner: RG d. Urk. S. 274 f. Planitz: Konstitutivakt S. 192 Grundzüge: S. 107 f. Franz Beyerle: Weinkauf S. 263. Abweichungen beziehen sich bloss auf die zeitliche Fixierung des Auftretens positiver Investiturhandlungen.

lischen Investitur erblicken, musste doch der Entwicklungsablauf von der umständlicheren zur einfacheren Form geführt haben und nicht umgekehrt. Aber auch der Umstand, dass neben der symbolischen Verlassung stets noch ein Investiturgelöbnis abgegeben worden war, hätte vor der Identifizierung des «se exitum dicere» mit der symbolischen Besitzeseinweisung bewahren sollen.

Die formelhafte Wendung, in welcher die Auflassung angezeigt wird, lautet: «reddidit vel revestivit per wadium et se cum festuca exinde fecit exitum» und findet sich ursprünglich nur im Streitbeilegungsverfahren. Im «reddidit vel revestivit per wadium» wird verschiedentlich die symbolische Darstellung der positiven Investiturhandlung erblickt. [271]) Wie an Hand unserer früheren Darlegungen ersichtlich ist (vgl. S. 52 ff.), kann aber am rein obligatorischen Gehalt dieser Formel kein Zweifel bestehen. (Für die Frühzeit wird dies von Sohm selber ausdrücklich anerkannt. [272]) Freilich ist in den von uns oben angeführten Beispielen lediglich von einem «reddere per wadium» die Rede und fehlt das «vel revestivit». Es liegt aber auf der Hand, dass diese Abweichung den obligatorischen Charakter der Wendung nicht in Frage stellen kann. Dementsprechend werden denn auch das «reddere» und das «revestive» in den Formeln wechselseitig verwendet.

Urk. d. Karol. I No. 1 a. 752

«per suum vadium de ipsis villis ... visus fuit r e v e s t i s s e de omnibus ... postea per suam festucam se exinde ... dixit esse exitum».

Pertz I No. 16 a. 746

«per nostrum wadium ipsum ... visi sumus r e d d i d i s s e et per nostram festucam in omnibus exhibuisse».

Pertz I No. 21 a. 749

«cum suum wadium visus fuerit r e d d i d i s s e v e l r e v e s t i s s e, et per suam festucam se in omnibus exinde dixit esse exitum».

[271]) Gierke: Schuld und Haftung S. 156 und die dort in Anm. 42 zitierten Autoren: Ebenso Gal: Prozessbeilegung S. 13 f. Hübner S. 259. Nach Gierke ist mit der Reinvestitur das Versprechen auf Unterlassung von Störungen verbunden gewesen

[272]) Auflassung S. 90 Anm. 15

Das «vel revestire» kann also — wie bereits das verbindende «vel» anzeigt — einzig als Präzisierung des allgemeineren Ausdrucks «reddere» gewertet werden: «per wadia visus fuit reddidisse vel revestisse» übersetzt sich: «Er versprach (das Gut) zurückzugeben bezw. den Gegner wieder in das Gut einzuweisen».

Jeder Anhaltspunkt, dass die auf derartigen Investiturgedingen beruhenden realen Investituren formlose Einweisungen dargestellt hätten, wie Sohm [273]) annimmt, fehlt. Die Berichte über reale Einweisungen im Anschlusse an Liegenschaftsprozesse, [274]) beweisen vielmehr das Gegenteil. Das der Auflassung vorangehende Investiturgedinge lässt sich deshalb nicht als bedeutungslos auf die Seite schieben, sondern stellt tatsächlich den Beweis dafür dar, dass das «se exitum dicere» nicht mit der symbolischen Investitur gleichzusetzen ist. Am unmittelbarsten geht dies letzten Endes aus der Tatsache hervor, dass auch der abgewiesene Kläger das «exitum dicere» erklären musste, [275]) obschon er (als Kläger) nie die Gewere am strittigen Gute besass, sodass er auch keine Gewere hätte übertragen können.

Eine selbständige, dem Einflusse des Formulars sich entziehende Urkunde von a. 771 [276]) bringt die abschliessende Bestätigung dieser Darlegung.

Urk. d. Karol. I No. 63 b a. 771

Der im Prozess unterlegene Beklagte: «statim rege et omnibus qui aderant cogentibus abdicatas cum iuramento ipsas res restituit

---

273) Auflassung S. 91 Anm. 17. Selbst die der symbolischen Investitur nachfolgende einseitige Besitzergreifung wird noch rechtsförmlich vorgenommen.

274) § 5 und Anm. 80. Allerdings sprechen sich die Prozessprotokolle dort nicht expressis verbis über ein dem «reddere per wadium» nachfolgendes «se exitum dicere» aus. Indessen ist das «exitum dicere» ganz allgemein bei volksrechtlichen Prozessberichten sehr selten anzutreffen, und es ist deshalb fraglos, dass hier mit dem knappen «reddere per wadium» nicht nur auf das blosse Rückgabeversprechen, sondern auch auf die Auflassung hingewiesen wurde.

275) Urk. d. Karol. I No. 65 (nicht vor 772): Der Ansprecher wird abgewiesen und «per festucam ante nos exinde dixit exitum.» Ebenso Pertz: Dipl. Imperii I S. 104 No. 18 a. 747

276) Allerdings handelt es sich um eine Fälschung des 12. Jhd., doch vermag dies nur gegen den historischen, nicht gegen den juristischen Gehalt der Urkunde zu sprechen. Auch Gierke (Schuld und Haftung S. 156 Anm. 42) zieht sie deshalb bedenkenlos heran, wobei er allerdings unzutreffend annimmt, dass das «projecta festuca etc.» Ausdruck des po-

et reconsignavit iniuste ablata abbati prefato sanctoque martiri Bonifacio et proiecta festuca, ut mos est, promisit se ulterius non intromissurum.»

Das «restituere cum iuramento» entspricht genau dem «reddere per wadium», während das «proiecta festuca promisit ... etc....» eine andere — den tatsächlichen Verhältnissen aber näher kommende — Fassung des «se exitum dicere per festucam» darstellt. [277])

Es ergibt sich damit, dass die Loslösung der Investitur vom Grundstück mit der symbolischen Vornahme des exitus ihren Anfang nahm. Der exitus war die rechtsförmliche Verzichtserklärung innerhalb des Grundstückaktes und das «se exitum dicere» die Form der ausserhalb des Grundstücks abgegebenen Verzichtserklärung. Die symbolische Vornahme der positiven Teile der Investitur findet sich erst später. (Vgl. S. 97 ff.).

Fragt man nach den Ursachen dieser gesonderten Loslösung, so hat man sich zweierlei vor Augen zu halten. Zunächst ist auf den Umstand hinzuweisen, dass eine gegenständliche Denkweise bei einem Verzicht auf eine Sache leichter der Gegenwart des Objektes entraten kann, als bei einer Uebergabe. Zum andern ist zu bedenken, dass sich diese Verzichterklärung ausserhalb des Grundstücks zuerst bei prozessualen Veräusserungen im Streitbeilegungsverfahren findet. Der unterlegene Beklagte hatte anschliessend an den Prozess in möglichst eindeutiger Form seinen vorbehaltlosen Erfüllungswillen und seinen Verzicht auf das umstrittene Grundstück auszudrücken. Als man im exitus allmählich weniger eine förmliche Liegenschaftsverlassung als einen selbständigen Sachverzicht erblickte, war es gegeben, diese Sachverzichtserklärung zur vermehrten Sicherheit des siegreichen Klägers in das Erfüllungsgelöbnis einzubauen. [278])

sitiven Teils des Erfüllungsgelöbnisses darstelle, d. h. auch das Rückgabeversprechen bzw. (wie er in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre annimmt) «die Wiedereinräumung der Gewere» umfasst habe.

[277]) Dasselbe Bild ergibt sich aus dem Vergleich von No. 65 der Urk. d. Karol. I mit Bitterauf 227 a. 806. Beidemale wird der Kläger abgewiesen. In der Königsurkunde wird dabei bloss erklärt: «per festucam ante nos exinde dixit exitum». In der Freisinger Urk. wird dies ausgeführt, indem es an Stelle des Verzichts heisst «Et spoponderunt (die abgewiesenen Kläger) quod hanc hereditatem amplius querere non debuissent nec umquam hoc movere praesumerent nec U. (den Beklagten) amplius inquietare et dederunt wadium confirmationis et fideiussor inde est K.»

[278]) Schon A. Gál hat in seiner Untersuchung über die Prozessbeilegung (Gierke's Unters. Heft 102) gezeigt, dass die prozessuale exfestucatio zumeist Ausdruck des Beilegungsvertrages gewesen ist und sich nicht

Einzuräumen ist, dass sich dieser Sinngehalt der Auflassung nur für das 8. und das beginnende 9. Jhd. feststellen lässt. In der folgenden Zeit dürften gewisse Bedeutungsänderungen eingetreten sein. Anzunehmen ist jedenfalls, dass den Rückgabegelöbnissen, dem «reddere vel revestire per wadium» später ein erweiterter Sinngehalt zugekommen war. Im 9. Jhd. verschwinden nämlich die Zeugnisse realer Investituren im Anschlusse an die Liegenschaftsprozesse. Es treten parallel dazu die ersten Nachrichten über die symbolische Vornahme der positiven Investiturteile auf, welche sich aber ausnahmslos bei ausserprozessualen Liegenschaftsveräusserungen finden. Nun ist nicht anzunehmen, dass der siegreiche Kläger gegenüber dem unredlichen Besitzer und zur Sühne bereiten Beklagten schlechter gestellt war als der symbolisch investierte Bewerber im ausserprozessualen Liegenschaftsgeschäft. Zum mindesten musste man auch ihm die — bei der symbolischen Investitur typische — Befugnis zugestanden haben, sich selbständig seines ihm entzogenen Gutes wieder zu bemächtigen. [279])

Aeusserlich drückte sich diese Wandlung freilich einzig im Verschwinden der Zeugnisse über reale Einweisungen im Anschluss an Liegenschaftsprozesse aus. Der Formalismus der gerichtlichen Streitbeendigung veränderte sich nicht; neue Symbole — insbesondere Scholle und Zweig — traten nicht in Erscheinung. Daraus ergibt sich, dass offenbar lediglich die Rechtswirkungen nicht aber auch die Form der symbolischen Investitur vom gerichtlichen Rückgabeakt übernommen worden sind.

Da praktisch dem Streitbeendigungsgelübde unter diesen Umständen vollziehende und nicht mehr bloss obligatorische Bedeutung zukam, war es ganz natürlich, dass es schliesslich als symbolische Investitur aufgefasst wurde; damit war selbstverständlich auch eine Wandlung des Investiturversprechens zur praesentischen Einweisungserklärung verbunden gewesen. Die hergebrachten schriftlichen Formulie-

---

auf die symbolische Investitur bezogen habe. (S. 30 f., 34)
Indem er den Inhalt dieses Vertrages auf den Klageverzicht hinsichtlich des Streitgegenstandes beschränkt, trägt er aber dem in Zeiten geringerer Rechtssicherheit vorherrschenden Stärkungsbedürfnis zu wenig Rechnung. Nicht nur vor erneuter Klage, sondern auch vor sonstigen Anfechtungen und Belästigungen bezüglich des Streitgegenstandes wollte man sich geschützt wissen und verlangte dementsprechende Gelöbnisse. (Vgl. die auf S. 91 zit. Urk. No. 63 b). Im übrigen ergibt sich auch aus seinen eigenen Darlegungen auf S. 30, die den hier aufgezeigten Entwicklungsgang der Lösung nur bestätigen, dass seine Umgrenzung der exfestucatio zu eng ist.

[279]) Vgl. die nachfolgende Ziff. 2

rungen des gerichtlichen Streitbeendigungsvorganges brauchte man deswegen nicht zu verändern. Im Gegenteil: Das «reddere per wadium», das bislang als kurze Ausdrucksweise das Rückgabeversprechen nicht auf den ersten Blick erkennbar gemacht hatte, entsprach dem neuen, dispositiven Sinngehalt aufs beste; dazu kommt, dass auch bei den realen Einweisungen vielfach Personalzeichen (wadia) zur Verwendung gelangten, sodass umsoweniger Anlass bestand, die Formel «reddere per wadium» zu verlassen.

Diese Wandlung des «reddere per wadium» von einer kurzen Ausdrucksweise des Rückgabeversprechens zur Form des positiven Teils der symbolischen Investitur ist man sich zwar schon seit langem bewusst. Allein, ihre Erklärung ist noch von niemandem versucht worden; vielleicht nicht zuletzt deswegen, weil man notgedrungen in arge Widersprüche geraten muss, wenn man die Auflassung als erste Form der symbolischen Investitur betrachtet. Denn wie lässt es sich bei einer solchen Ausgangslage begreifen, dass das «reddere per wadium» plötzlich den positiven Teil der Investitur darstellt, nachdem vorher während längerer Zeit die blosse Auflassungserklärung, das «se exitum dicere per festucam», zur Vornahme der symbolischen Investitur völlig ausreichend gewesen sein soll! In der Regel übergeht deshalb die Literatur die positiven Teile der Reinvestitur und verlegt das Hauptgewicht auf die angeblich ursprünglichste Form der symbolischen Investitur, auf die Besitzräumungserklärung. Wesentlichen Anteil an dieser Fehlbetrachtung der gerichtlichen Auflassung hatten die späteren urkundlichen Erscheinungsformen des Verfügungsgeschäfts, welche keinerlei positive Investiturteile zu erkennen geben. An Stelle von Uebertragungserklärungen finden sich vielmehr Verzichtsformeln. Wie Mayer-Edenhauser aber gezeigt hat, [280]) ist der positive Teil der Investitur auch in diesen Urkunden nicht untergegangen, sondern hält er sich hinter sonst den Verzicht ausdrückenden Worten wie «resignare» und «ufgeben» verborgen.

[280]) Mayer-Edenhauser: a. a. O. S. 36 ff., 41 ff.

2. Die Rechtswirkungen der symbolischen Investitur.

Bereits Sohm hat festgehalten, [281]) dass dem symbolisch Investierten eine Selbsteinwältigungsbefugnis zugekommen war. Gleichzeitig führte er aber aus, dass sie nur gegenüber dem Veräusserer, nicht gegenüber jedermann geltend gemacht werden konnte. [282]) So sehr diese Beobachtungen auch zutreffen, so wenig lässt sich der rechtliche Hintergrund, auf dem sie Sohm betrachtet, aufrechterhalten. Ohne die gegenständliche Denkweise der Germanen zu berücksichtigen, unterscheidet er scharf zwischen Rechts- und Besitzeserwerb und weist der symbolischen Investitur je nach dem verschiedene Rechtswirkungen zu. Da nach seiner Meinung der Besitzeserwerb das bereits mittelst der Sala erworbene Eigentum wirksam werden lässt, sieht er in der symbolischen Investitur eine Vorausnahme der Perfizierung des Eigentumserwerbes. Demnach genügte sie, um dem Eigentumserwerb volle Rechtskraft zukommen zu lassen. Anderseits soll sie aber nur unvollkommenen, relativen Besitz vermittelt haben; denn der Besitz sei erst bei körperlicher Sachergreifung zu absoluter Wirkung gelangt.

Wie aus den bisherigen Ausführungen sich ergeben hat, lassen sich im germanischen Rechte Rechts- und Besitzeserwerb nicht in dieser Weise auseinanderhalten: Denn indem das Recht an der Sache in der Sache selbst erfasst wurde, war der Sacherwerb Rechts- und Besitzeserwerb zugleich. Wenn deshalb die symbolische Investitur bloss relativen Besitz vermittelte, dann war auch das Eigentum nur relativ erworben, d. h. auch das Eigentum konnte bloss gegenüber dem Veräusserer und ev. seinen Erben geltend gemacht werden.

Das war denn auch tatsächlich der Fall, wie aus der nachfolgenden Urkunde von 1101 zu ersehen ist. Sie gibt ein Urteil wieder, das dem Kloster Conques (Dep. Aveyron) in Südfrankreich eine von fremden Mönchen usurpierte Kirche zuspricht. [283]) Bedeutungsvoll sind Vorgeschichte und die vorgetragenen Argumente. Die umstrittene Kirche ist dem Kloster durch einen Grafen Teobaldus geschenkt worden, was er zunächst durch seinen Vertreter, später noch persönlich, in der Klosterkirche von Conques bestätigte. Eine reale Investitur erfolgte nicht. Unmittelbar nach seiner eigenen Bestätigung änderte er indessen seinen Sinn und machte die Schenkung rückgängig.

> «Reversus ad propria, mutato animo, mutavit et donum; aecclesiam ... quam ... Conchensi aecclesie dederat, ira rationem suffocante, subtraxit».

[281]) Sohm: Auflassung S. 109 f.

[282]) a. a. O. S. 111

[283]) Cartulaire de l'abbaye de Conques No. 470

Die Kirche wurde darauf von den Mönchen von Rebais (E Paris; Dep. Seine-et Marne) in Besitz genommen, was zu einem langen Streit zwischen diesen und dem Kloster Conques führte. Conques vermochte indes in keinem Prozesse durchzudringen. Erst einige Jahre nach dem Tode des Grafen Teobaldus wurde schliesslich in einem letzten Prozess dem Kloster die Kirche zugesprochen. [284])

Wesentlich sind die Entscheidungsgründe:

> «Hanc (die strittige Kirche) ergo Resbacensis aecclesiae monachi, n o n u t d i c i t u r. absque heresis simoniacae contagio n e c p e r h o s t i u m s e d a s c e n d e n d o p o t i u s, annuente prenominato comite. s u b i n t r a r e n t. Quid plura, hoc pacto Concenses monachi... ecclesiam perdiderunt, quam, quod dictum nefas est, Resbacenses modis quos prescripsimus acceperunt».

Die beklagten Mönche behaupteten also, Graf Teobald habe ihnen die Kirche geschenkt und mittelst r e a l e r Investitur (per hostium) übertragen. Offensichtlich wäre bei Bewahrheitung dieser Behauptung das Urteil anders ausgefallen, nachdem ausdrücklich ihre Unrichtigkeit festgehalten wurde. Auf diese Tatbestandsfrage ist auch das Scheitern der bisherigen Prozessanstrengungen des Klosters zurückzuführen. Sie erfolgten — wie ausdrücklich festgehalten wurde — zu L e b z e i t e n des Grafen Teobald, dessen Zeugnis und Gewährschaftsleistung zu Gunsten der Mönche von Rebais natürlich zur Abweisung der Klage des Klosters Conques führen musste.

Da Schenkungen ausserhalb des Grundstücks zu jener Zeit stets unter Vornahme der symbolischen Investitur erfolgten, und das Kloster Conques deshalb zweifellos symbolisch investiert war (im Gegensatz offenbar zu den Mönchen von Rebais, denen vom Grafen Teobald geduldete Eigenmächtigkeit vorgeworfen wurde und die selber nur die Vornahme der realen Investitura behaupteten), ergibt sich somit, dass bei Doppelveräusserungen der reale Erwerber vor dem symbolischen den Vorzug hatte. Die symbolische Investitur führte folglich nicht zu einem absoluten Eigentumserwerb· Sie bewirkte — modern gesprochen — einen relativen Eigentums- und Besitzeserwerb oder nach germanischer Terminologie eine relative Eigengewere. Zum Erwerb absoluten Eigens be-

[284]) «Res est in plerisque conciliis et apud Lugdunensem archiepiscopum — aliquandiu ventilata, sed tamen, vivente Teobaldo comite, nullatenus diffinita. Pluribus quoque annorum decursibus post Teobaldi comits obitum — res extitit indiscussa.»

durfte es noch der körperlichen Besitzergreifung. [285]) «His ita peractis prefatus comes acceptum a pontifice predium veluti moris est triduana possessione in proprium ius vendicavit.» Bitterauf II 1438 a. 1034 (Tauschvertrag).

3. Die Entstehungszeit der symbolischen Investitur.

Nur teilweise Zustimmung hat Sohm mit seiner zeitlichen Fixierung des Auftretens der symbolischen Investitur gefunden. Unbestritten blieb, dass die prozessuale Auflassung seit Mitte des 7. Jhd. angewendet worden sei, abgelehnt wurde dagegen, dass die ausserprozessuale Investitur sich erst in der ersten Hälfte des neunten Jahrhunderts und zwar nach 818/19 herausgebildet habe. [286])

Auszugehen ist von den ausführlichsten Nachrichten. Sie finden sich seit dem 10. Jhd.

Codice diplomatico Padovano I No. 42 a. 954

> «Ego A... ex genere Francorum et Franca (seine Frau) ex nacione mea lege vivere langobardorum sed nunc pro ipso viro meo lege vivere videor salicha... nos donamus et hoferimus in sanctum... monasterium sancti... Michaelis... cortem unam... juris nostris. — Insuper vobis exinde coram testes presentaliter facimus vestituram et legitimam tradicionem per cultellum fistucum notatum vanto et vvasane terreque ramum arboris et taliter nos exinde foris expulimus varpivimus et absozito fecimus et a pars predicto monasterio ad proprietatem abendum relinquimus». [287])

---

[285]) Förmliche Selbsteinwältigungen und sogar zweiseitige Einweisungen finden sich deshalb auch noch später. Vgl. Cart. de Lausanne No. 470 a. 1229 (Investitur), No. 189 a. 1227 (Selbsteinwältigung). Vgl. insbesondere Cart. de l'abbaye de Notre-Dame des Vaux de Cernay No. 2 a. 1449/1669). Seit der Rechtsbücherzeit geht die Entwicklung dahin, dass nicht mehr die reale Besitzergreifung, sondern die gerichtliche Fertigung unverrückbares Eigen verschaffte. (Heusler: Inst. II S. 99 ff.) Hinweisend sei auch daran erinnert, dass von relativem und absolutem Eigen schon bei der Qualifizierung von Sala und Investitur gesprochen wird.

[286]) Brunner: RG d. Urk. S. 277 f. Schröder-Künssberg: a. a. O. S. 305 ff. F. Beyerle: Weinkauf S. 263 Anm. 3

[287]) Vgl. ebenfalls Regesto di Modena Bd. I No. 186 a. 1038: «Norbertus...

Eindeutig sind die Urkunden auch dann, wenn sie den Verzicht nicht erwähnen. Man vergleiche nur die eben cit. Urkunde mit Padua No. 43 a. 955, worin dieselben Parteien wiederum eine Schenkung vornehmen. Die betr. Güter liegen in Cavezano, die Schenkung wird in Modena gemacht.

> «Nos A. et Fr. . . . jugalibus qui lege salicha vivere visi sumus per hanc presentem paginam offersionis nostre et per wasonem terre et ramum arborum fistucum notatum atque cultellum et duas wantos totum insimul hac tandem visi sumus et corporalem facimus investituram et traditionem seu offersionis . . . »

Das «se exitum facere» wird nicht angeführt; es steht aber ausser Frage, dass hier ebenso eine symbolische Investitur vorliegt wie in der Urkunde No.42 des vorhergehenden Jahres, worin zusätzlich die symbolische Verlassung dargestellt wird. Man darf deshalb auch in früheren Urkunden das Fehlen des negativen Teiles auf die Unvollständigkeit der Niederschrift zurückführen, sofern sich der positive Teil einer symbolischen Investitur in ähnlich eindeutiger Weise vorfindet. Damit gewinnt man sichere Belege der symbolischen Investitur bereits für die erste Hälfte des 9. Jhd.

Fumagalli No. 55 a. 842

> «Ego . . . H. de ex genere alamannorum . . . per presentem cartulam do, dono . . . casis . . . juris meis . . . in villa S. . . . et vistituram hac traditionem juxta lege meam facere videor . . . a parte monasterii per mota de terra frunde abente seo fistugo nodato cultello pitzio fracto adque per uuantonem ut omnia . . . perpetuis temporibus in ipso . . . persistat monasterium . . . » [288])

qui professo sum legem vivere Salicha» veräussert ein Gut (a presente die vendo, trado seu mancipo); darauf folgt: «Jure propr(io) nom(ine) facio de iamdicta (terra) tradicionem et corporalem vestituram per cultellum, wantonem, wasonem terre et ramum arborum seu festuco nodato ad tuam proprietatem abendum, me exinde relinquendum te vero in ibi intromitto et vestitum relinco et me exinde expoli, werpivi et absasito feci.» Dazu: Codice Diplomatico Padovano Bd. I No. 141 a. 1041; 232 a. 1076; 243 a. 1077; Modena No. 267 a. 1075; 342 a. 1125.

[288]) Ebenso Fumagalli (Codice diplomatico Sant'Ambrosiano) No. 73 a. 855; 99 a. 867

Kümmerlich sind die Nachrichten, welche noch weiter zurückliegen. Verschiedentlich ist zwar im Zusammenhang mit den Altarschenkungen von einem investire die Rede; keineswegs ist aber gesagt, dass es sich dabei wirklich um eine Investitur gehandelt habe. Wenn es zwar in Bitterauf No. 435 a a. 820 heisst [289]): «in manus nepoti sui per wadia constituit, quatenus Hittonem de suis rebus potestative vestiret per ipsum wadium sicut ei commendavit ... Ob quam causam venit R. (der Neffe) in loco F. coram Hittonem et ibi vestivit atque per wadia in manus episcopi omnia relaxavit» scheint allerdings kein Zweifel bestehen zu können. Aus derselben Zeit liegen aber auch Nachrichten vor, nach welchen sich derartigen symbolischen Investituren noch die reale Einweisung anschloss. Vgl. neben den bereits cit. Urkunden Bitterauf No. 556 a u. c. (oben S. 26/27) die zur soeben angeführten Tradition gehörende Urkunde No. 435 c a. 820:

> «H. suam iam factam traditionem ... in manus Hittonis reddidit ac revestivit ... et se ipsum absacitum tribus diebus et tribus noctibus exhibebit et ipsam rem proprius servus sanctae Mariae obsedit».

Man ersieht hieraus, dass zu Anfang des 9. Jhd. eine symbolische Investitur entweder noch nicht bestanden hatte oder sich noch im Anfange ihrer Entwicklung befand, wo man es noch nicht wagte, sich selbständig des Gutes zu unterwinden, sondern vorzog, sich in überkommener Weise real einführen zu lassen.

Alles deutet darauf hin, dass an die zuerst genannte Möglichkeit zu denken ist. So entsprechen die Symbole der scheinbaren symbolischen Investitur denjenigen der realen Einweisungen n i c h t. Nicht Grundstücksbestandteile, sondern das wadium des Auftraggebers wird hingegeben, [290]) was in jener Frühzeit der Entwicklung der symbolischen Investitur nur den Abschluss eines Gedinges und nicht etwa eine Verfügung bedeutet haben konnte. Bezeichnend hiefür ist der Vergleich von Bitterauf No. 426 und 419, beide aus dem Jahre 819 stammend. So heisst es in No. 426:

> «Statimque coram supramemorata multitudine iam fatus presbiter pro manice beverino (Handschuh aus Biberfell) in altarem

---

[289]) ähnlich die früheren Urk. Bitterauf: No. 378 a. 817; 412 a. 819

[290]) z. B. Bitterauf 328 a. 814 (Wadium ist nicht das Altartuch wie Bitterauf — Bd. I XXXXV — meint. Das Altartuch bezieht sich stets nur auf die Uebergabe des A l t a r s, nicht auf die D o t a t i o n desselben). Vgl. 330 a. 814; 274 a. 808; 281 a. 808; 143 a a. 791; 7 a. 754; 591 a. 830

beate M... tradidit necnon iure perpetuo firmiter stabilivit quantumcunque hereditatis seu adquisitionis... in loco P. habere visus fuerat...»

In welchem Sinne dies aufzufassen ist, ergibt sich klar aus No. 419, wo in Bezug auf die Hingabe eines Reliquienschreins dieselbe Wendung gebraucht wird:

«M vassus dominici reddidit in manus Hittonis pro manice cervino (Handschuh aus Hirschleder) capsam quam a domo sanctae M. cum reliquiis accepit Uu. aramiator».

Die Hingabe eines Fahrnisgegenstandes «per manice» kann nur das Uebergabeversprechen darstellen. Weshalb sollte die Hingabe einer Liegenschaft «per manice» etwas anderes bedeutet haben? Damit wird insbesondere auch die Meinung hinfällig, dass in der bereits angetroffenen Formel «trado per hanc cartulam tradicionis, sive per festucam atque andelangum» oder «per meos wadios andelangosve» [291]) der Ausdruck einer symbolischen Investitur zu erblicken sei.

Verschiedentlich treten auch eigentliche Investitursymbole in der Uebergabehandlung ausserhalb des Grundstücks auf. [292]) Allein bis in die 1. Hälfte des 9. Jhd. findet sich nicht der geringste Hinweis, dass damit ein investire bezweckt worden sei. Die blosse Verwendung von Sachrepräsentanten berechtigt jedenfalls nicht zur Annahme, dass eine symbolische Investitur vorgelegen habe. Unschwer lässt sich doch angesichts der Verbindung von Sala und Investitur denken, dass gelegentlich auch zur Sala Investitursymbole herangezogen worden sind. Vor dem 9. Jhd. finden sie sich zudem ausnehmend selten. Soweit wir sehen können, stellen die Freisinger Urk. Bitterauf 7 a. 754 und 143 a. 791 die einzigen Beispiele dar. Vielleicht sind aber auch in der Handlung des tit. 59 Lex Rib. Sachsymbole zur Verwendung gelangt. [293]) Nach 800 geben Bitterauf No. 449 a. 821 und No. 521 a. 825 die nächsten Zeugnisse einer Heranziehung von Grundstücksrepräsentanten bei Traditionen ausserhalb der Liegenschaft.

Keinen Beweiswert besitzen schliesslich auch jene Urkunden aus dem Ende des 8. Jhd., die ausdrücklich Sohms Zeit-

[291]) Sohm: Auflassung S. 92 Anm. 21

[292]) Beispiele bei Sohm (a. a. O. S. 92 Anm. 21) sowie nachfolgend im Text.

[293]) Bekanntlich sieht die herrschende Meinung im tit. 59 das erste Zeugnis einer symbolischen Investitur. Vgl. dagegen aber Konrad Beyerle ZRG 51 S. 386 ff. und Merk: ZRG 56 S. 601 f.

bestimmung widerlegen sollen. [294]) Die bekannte Strassburger Urkunde von 778 (UB d. Stadt Strassburg Bd. I No. 16) stellt aller Wahrscheinlichkeit nach eine Fälschung dar, [295]) sodass sie jedenfalls nicht zur Ermittlung der Entstehungszeit der symbolischen Investitur herangezogen werden kann. [296]) Bei den beiden andern angeblichen Nachweisen, die aus den Jahren 787 und 795 stammen, [297]) handelt der eine von der Rückgabe Bayerns an den Herzog Tassilo, während im zweiten von der Rückgabe eines Lehens die Rede ist. Weder im einen noch im andern Falle wird im geringsten auf eine Investitur angespielt.

Die erste eindeutige Nachricht einer symbolischen Investitur tritt — soweit wir sehen — im Jahre 842 auf; es ist dies die cit. Urkunde No. 42 bei Fumagalli.

Hält man sich schliesslich nochmals vor Augen, dass trotz der angeblichen Existenz der symbolischen Investitur die reale Einweisung nach wie vor zur Anwendung gelangte und sogar neben «symbolischen Einweisungen» auftritt, [298]) bedenkt man insbesondere, dass selbst den gerichtlichen Streitbeilegungshandlungen jener Zeit noch eindeutig die Wirkungen der symbolischen Investitur abgehen [299]) — dann dürfte es klar sein, dass die symbolische Investitur damals zum allermindesten noch nicht lange bestanden haben konnte. [300])

---

[294]) Franz Beyerle: Weinkauf S. 263 Anm. 3 (Verweis auf Quellenangaben bei Ernst Mayer: Einkleidung Anm. 14, 15 (S. 56) und Anm. 41 (S. 60)

[295]) Vgl. den Kommentar zu dieser Urkunde im Strassburger UB S. 14. Ebenso Sohm: a. a. O. S. 93 Anm. 21; a. A. Löning: a. a. O. S. 664 Anm. 2. Vgl. hiezu noch Merk a. a O. S. 142 Anm. 9

[296]) Abgesehen davon ist seine Ausdrucksweise keineswegs eindeutig. Zunächst heisst es bezüglich eines Grundstücks, dass es Rapertus «mihi per suum cultellum coram testibus tradidit», was doch eher für den Abschluss der Sala als für eine symbolische Investitur spricht. Von einer spätern Uebertragung heisst es dann (die Veräusserer) «per festucam sibi exinde de ipso monasteriolo exiti fecerunt coram testibus, sicut Lex Alamannorum fuit». Die zweimalige Erwähnung der Zeugen deutet auf die zweistufige Vornahme des Geschäftes hin, was sicherlich nicht für die symbolische Investitur spricht.

[297]) Ernst Mayer: a. a. O. S. 60 Anm. 41 und S. 56 Anm. 14

[298]) Vgl. die Anm. 3, 158, 343, 81 sowie die Freisinger Urk. Bitterauf No. 435 a u. c. a. 820; 556 a u. c. a. 828. No. 436 a. 820, 670 a. 845, 552 a. 828, 588 a. 829, 591 a. 830; Trad. Corbeienses No. 363 (a. 822/75 lt. Schröder: MIöG 185. 277), Wartmann II Anhang B No. 18 a. 816/56 sowie die bei Hübner: Donatio post obitum S. 97 angegebenen Beispiele

[299]) Anm. 80; gerichtliche Einweisungen finden sich noch im 10. Jhd. vgl. Bewer: a. a. O. S. 86 ff. und unten Anm. 376

[300]) Planitz: Konstitutivakt S. 189, 191, 204 nimmt an, das Kölner Recht

Eine unmittelbare Bestätigung stellt — trotz der ablehnenden Auffassung der Lehre [301]) — das Kapitular von 818/19 dar. Die symbolische Investitur ist ihm, wie man weiss, unbekannt. Allerdings handelt es bloss von Veräusserungen extra comitatem, sodass intra comitatem — wie man erklärt — eine symbolische Investitur gleichwohl habe bestehen können.

Allein: Die klar zu erkennende Hauptsorge des Gesetzgebers lag bei der Zulassung der Veräusserung extra comitatem bekanntlich darin, die Unvererblichkeit der Investiturschuld auszuschalten. [302]) Der Erwerber sollte auch dann das Gut rechtsgültig erwerben können, wenn der Veräusserer — ohne die Investitur vorgenommen zu haben — starb. (Die Erben waren bis anhin in einem solchen Falle nicht zur Herausgabe des veräusserten Gutes verpflichtet gewesen). Angesichts dieser rechtlichen Probleme bleibt es unverständlich, weshalb man hier nicht die symbolische Investitur herangezogen hatte, die angeblich schon so lange bekannt gewesen war, sondern mittelst Bürgenstellung, sowie mit einem besonderen Gelübde die Investitur des Erwerbers zu gewährleisten suchte. Die symbolische Investitur hätte auf einfachste Weise diese Frage gelöst und das umständliche Verfahren des Capitulars überflüssig gemacht. Daraus geht zum mindesten hervor, dass die symbolische Investitur — wenn sie überhaupt damals schon bestanden hatte — noch kein vertrautes und bewährtes Institut gewesen war, sondern sich am Anfang ihrer Entwicklung befunden haben musste.

Indem aber nirgends so sehr wie im Falle dieses Capitulars die symbolische Investitur in entscheidender Weise der Rechtsentwicklung hätte dienstbar sein können, ergibt sich darüber hinaus, dass das germanische Recht zu jener Zeit über das (auch hier verwendete) Investiturgelöbnis, d. h. über das «investire per festucam», noch nicht hinausgekommen war.

An der Auffassung Sohm's, dass die symbolische Investitur erst nach dem Capitular von 818/19, jedoch noch in der ersten Hälfte des 9. Jhd. Gestalt angenommen hatte, ist somit festzuhalten.

habe seit dem 8. Jhd. bis zum 12./13. Jhd. ausschliesslich die reale Investitur gekannt, nachdem vorher — im Gefolge der Uebernahme fremdrechtlicher Uebertragungsformen — auch eine Uebereignung ausserhalb des Grundstücks möglich gewesen sei. Für das übrige deutsche Gebiet scheint er indessen die Existenz einer symbolischen Investitur anzunehmen. (S. 192 Anm. 3)

[301]) Vgl. Anm. 286

[302]) § 9 lit. c

§ 12. Die traditio cartae.

Seit Brunner nimmt die herrschende Meinung an, dass schon sehr früh im altdeutschen Recht die Urkunde in rechtsgeschäftlicher Bedeutung verwendet worden sei. Tatsächlich findet sich die Urkunde bereits in den Volksrechten erwähnt. Dass aber die Uebergabe einer Veräusserungsurkunde — wie Brunner lehrt — als symbolische Investitur zu werten sei, [303]) muss angezweifelt werden. Für die Untersuchung der rechtlichen Bedeutung der traditio cartae ist es nützlich, vorerst die allgemeine Frage zu prüfen, welche Möglichkeiten für eine Mitwirkung der Urkunde am Rechtsgeschäft überhaupt bestehen.

1. Rechtsgeschäft und Urkunde.

Im Vordergrund steht die Verwendung der Urkunde als Beweismittel. In dieser Eigenschaft ist sie schon sehr früh im deutschen Rechtsgebiet benützt worden. Denkbar ist auch, dass die Urkunde notwendigerweise am rechtserzeugenden Geschäfte teilnimmt und damit rechtgeschäftliche Bedeutung erhält. Brunner hält dementsprechend für das altdeutsche Recht die reine Beweisurkunde und die Geschäftsurkunde auseinander und setzt die von ihm gefundenen Urkundentypen notitia und carta damit in Beziehung, indem er in den notitiae reine Beweis- und in den cartae Geschäftsurkunden erblickt. Bereits Redlich [304]) und Bresslau [305]) stellten aber fest, dass die cartae vielfach nach dem Rechtsgeschäft errichtet worden waren, sodass sie in diesen Fällen bloss Beweisurkunden gewesen sein konnten.

Während die reine Beweisurkunde in unserem Zusammenhange keine nähere Betrachtung erheischt, dürfen die verschiedenen Spielarten, die für die am rechtsgeschäftlichen Akte beteiligte Urkunde denkbar sind, nicht übersehen werden. Steinacker [306]) hatte das als erster erkannt und eine Klassifizierung der Geschäftsurkunden vorgenommen. Nachfolgend soll diese Klassifizierung neu überdacht werden:

Geht man davon aus, dass der Wille des Rechtssubjektes das primäre rechtserzeugende Kriterium ist, dann kann sich

---

[303]) Vgl. die Literaturzusammenstellung bei Merk: Grundstücksübertragung nach dem alamannischen Volksrecht. Festschrift Ernst Mayer. 1932. S. 125 Anm. 3

[304]) Redlich: Privaturkunde S. 52 ff.

[305]) Bresslau: Urkundenlehre II 83 f.

[306]) Steinacker: Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privaturkunde (Erg. Bd. 1 von Meister's Grundriss der Geschichtswissenschaft. 1927) S. 12 f.

die Urkunde nur insofern am Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes beteiligen, als sie einen rechtsgeschäftlichen Willen zum Ausdruck bringt und damit die Form der Willenserklärung bildet. In diesem Sinne kann die Schrift als Form des Rechtsgeschäftes bezeichnet werden. (Soweit die Schriftlichkeit im Belieben der Parteien steht, lässt sich dabei von fakultativer, soweit dies nicht der Fall ist, von obligatorischer Schriftlichkeit sprechen, während je nach dem, ob die Urkunde eine besondere Form aufweisen muss oder nicht, einfache und qualifizierte Schriftlichkeit unterschieden werden können).

Soweit eine einseitige in Schrift gefasste Willenserklärung einer anderen Person zur Kenntnisnahme oder zur Ermöglichung einer eigenen Erklärung mitgeteilt werden muss, ist die Urkunde dieser Person zu übergeben. Die Urkundenbegebung ist hier ein naturale negotii und bedarf deshalb keiner förmlichen Vornahme. Denkbar ist aber auch, dass die Urkundenbegebung zur Form des Rechtsgeschäftes werden kann. So steht bei einseitigen, empfangsbedürftigen Geschäften hinter der schriftlichen Fixierung des rechtsgeschäftlichen Willens — auch wenn dies in Gegenwart und mit Wissen und Willen des Urhebers [307]) geschieht — vielfach kein Erklärungswille. Ausdruck des Erklärungswillens stellt in diesem Falle die Begebung der Urkunde an den Adressaten dar. Die Urkundenbegebung ist hier zwar die Form des Rechtsgeschäfts, doch stellt sie kein essentiale negotii dar; denn sie ist ja bloss eine der verschiedenen Ausdrucksmöglichkeiten des Erklärungswillens.

Essentiale negotii ist die Urkunden b e g e b u n g erst dann, wenn sie von der R e c h t s o r d n u n g zu einem Bestandteil der Vertragsform erhoben wird. In diesem Fall muss sie aber — was auf der Hand liegt — f ö r m l i c h vorgenommen werden. Eine förmliche Urkundenbegebung wird denn auch konsequenterweise unter der «traditio cartae» verstanden.

Die Geschäftsurkunden lassen sich somit in Errichtungs- und Begebungsurkunden scheiden, wie es bereits Steinacker getan hat, d. h. in Urkunden, die durch ihre Errichtung ein Rechtsgeschäft entstehen lassen und in Urkunden, d e r e n r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e B e d e u t u n g i n i h r e r B e g e b u n g l i e g t.

Steinacker bezeichnet die ersten als «dispositive Urkunden im engern Sinne», die letztern als solche «im weiteren Sinne». «Dispositiv» werden seit Brunner ganz allgemein die Geschäftsurkunden genannt, um sie von den reinen Beweisurkunden auseinander zu halten. Diese Ausdrucksweise ist insofern unglück-

[307]) Der Urheber ist zumeist auch Aussteller der Urkunde. Vgl. über die Terminologie Steinacker a. a. O. S. 11

lich, als «dispositiv» sonst den verfügungsrechtlichen Charakter eines Geschäftes anzeigt, Geschäftsurkunden aber naturgemäss sowohl an dinglichen Einwältigungen, wie auch an der Entstehung obligatorischer Geschäfte mitwirken können. Die Bezeichnung «dispositiv» für die Geschäftsurkunden hat sich indessen eingebürgert, weshalb nachstehend lediglich in dem Sinne eine notdürftige Uebereinstimmung von Begriff und Wortsinn versucht werden soll, als unter «dispositiven Urkunden im eigentlichen Sinne» Verfügungsurkunden und unter «dispositiven Urkunden im weiteren Sinne» Verpflichtungsurkunden verstanden werden.

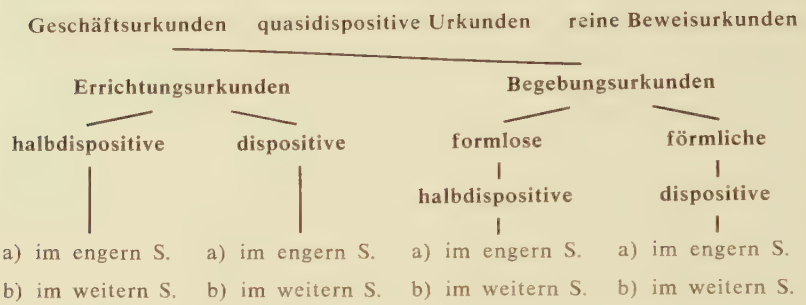
Das von Steinacker ebenfalls zur Charakterisierung von Errichtungs- und Begebungsurkunden vorgeschlagene Begriffspaar «dispositiv» und «halddispositiv» wird anderseits besser zur Bezeichnung von Geschäftsurkunden verwendet, welche entweder allein oder dann zusammen mit andern Förmlichkeiten an der Errichtung eines Rechtsgeschäftes beteiligt sind.

Allerdings darf man sich über den Begriff «Urkunde» keiner Täuschung hingeben. Urkunden im diplomatischen Sinne können nur schriftliche Aufzeichnungen sein, die — wie Steinacker sagt [308]) — «in verschiedener Weise dem Beweis, der Begründung, der Ausübung von Rechten dienen können, und bestimmte von der Geschichte des Rechts, des geistigen Lebens, insbesondere des Schriftwesens, abhängige, daher nach Zeit und Ort wechselnde, äussere und innere Formmerkmale besitzen».

Ein leeres oder ein ergänzungsbedürftiges Pergament ist demnach keine Urkunde, und wenn derartige Papiere bei rechtsgeschäftlichen Akten mitverwendet werden, lässt sich — auch bei ihrer nachträglichen Ergänzung zu echten Urkunden — nicht von Geschäftsurkunden reden. Denn nicht als Urkunden nahmen sie am Geschäfte teil, sondern als Symbole. Steinacker spricht in diesen Fällen von quasidispositiven Urkunden, da sie auch nicht als reine Beweisurkunden bezeichnet werden können, nachdem das Urkundenpapier doch rechtsgeschäftlich verwendet worden ist.

[308]) Steinacker a. a. O. S. 3

Man gelangt demnach zur folgenden Ordnung der Urkunden:



Ob sich von allen hier verzeichneten Arten der Geschäftsurkunde Beispiele finden lassen, ist natürlich eine andere Frage. Es handelt sich bei dieser Einteilung (die ja ebenfalls nichts anderes als ein Vorschlag sein will) bloss um eine Darstellung der möglichen juristischen Spielarten der Geschäftsurkunde.

Auf Grund dieser Begriffsklärung lassen sich Aussagen machen über die Streitfrage, ob die Geschäftsurkunden für sich allein das Rechtsgeschäft bezeugen könne, oder ob der Nachweis der Urkundenbegebung gesondert erbracht werden müsse. [309]) Eine allgemeine Antwort — wie man sie immer zu finden versucht hat — lässt sich nicht geben. Entscheidend ist die Art der Geschäftsurkunde; denn je nachdem, ob die Urkunde dem Gegenkontrahenten übergeben werden muss, damit das Rechtsgeschäft zustande kommt (Begebungsurkunde), oder ob bereits die Urkundenerrichtung rechtsgeschäftlich bedeutsam ist (Errichtungsurkunde), hat das Beweisverfahren sich auf die Urkundenbegebung oder bloss auf die Schrift zu beziehen.

Praktisch sind sich indessen die Inhaber von Errichtungs- und Begebungsurkunden gleichgestellt. Denn wenn auch nur die Errichtungsurkunde das Rechtsgeschäft aus sich selber heraus bezeugt, so stellt bei Begebungsurkunden der Urkundenbesitz des Adressaten ein völlig ausreichendes Indiz für die Urkundenbegebung, d. h. für den rechtsgeschäftlich bedeutsamen Teil, dar. Allerdings setzt der Besitz einer Urkunde keine Begebung durch ihren Urheber voraus, d. h. dem Inhalte einer Begebungsurkunde muss keineswegs immer ein Erklärungswille entsprochen haben. Die Urkunde kann vom Adressaten ebensogut gestohlen oder gefunden worden sein. Dies sind aber abwegige Einzelfälle, welche den Beweiswert des Urkundenbesitzes für den tatsächlichen Abschluss des Rechtsgeschäftes nicht zu mindern vermögen.

[309]) Vgl. hierüber Schultze: Ztschr. f. d. private u. öffentl. Recht 22 S. 140 ff.

2. Die traditio cartae im römischen Recht.

Brunner stützt seine Lehre von der symbolischen Investitur mittelst traditio cartae auf eine analoge Erscheinung des spätrömischen Rechts. Angeblich habe dort die Urkundenbegebung die Form der Liegenschaftsverfügung dargestellt. Diese Verfügungsform sei dann in die Volksrechte eingedrungen und dort zur investitura per cartam geworden.

Die Nachprüfung dieser Lehre durch Steinacker setzte an ihrem juristischen Kerne an: Wenn im spätrömischen Rechte die Urkundenbegebung tatsächlich Verfügungsform gewesen war, dann konnte sie als essentiale negotii nicht formlos vorgenommen worden sein, m. a. W. dann muss sich eine feierliche Urkundenbegebung erkennen lassen.

Eine solche traditio cartae gab es aber im römischen Rechte nicht. [310]) Ebensowenig gab es sie — wie Steinacker schon früher festgestellt hat [311]) — im westgotischen Rechte, dessen Urkundenwesen in allen Teilen auf dem römischen fusste; anderseits lässt sich auch im griechischen Rechte, dessen Urkunden für die römischen Schreiber vorbildlich waren, eine derartige förmliche traditio cartae nicht feststellen. [312])

In der completio der Ravennater Urkunden findet sich freilich eine Wendung, die eine Urkundenbegebung anzeigt, [313]) das die Urkunde beschliessende «post traditam cartam dedi et complevi». Brunner [314]) sieht hierin den unmittelbaren Ausdruck der dispositiven traditio cartae; indessen zeigt bereits das vielfache Fehlen dieser Konstatierung, dass damit nicht auf einen rechtsgeschäftlichen Akt, auf ein essentiale negotii hingewiesen worden sein konnte. [315]) Die unregelmässige Erwähnung dieses angeblichen essentiale negotii wäre umso unverständlicher, als die Einordnung eines Begebungsaktes unter die rechtserzeugenden Kriterien für das römische Recht etwas völlig Neues bedeutet hätte.

Endgültige Abklärung über die Bedeutung des «post traditam cartam» hat Schiaparelli» [316]) gebracht. Er zeigte, dass damit auf einen Firmationsakt hingewiesen wurde, der in der Niederlegung der Urkunde auf den Altar oder auf das Evan-

---

[310]) Steinacker: a. a. O. S. 89 ff.

[311]) Steinacker: Der Ursprung d. trad. cartae und das westgoth. U.-Wesen. 1914. S. 13 ff.

[312]) Steinacker: Grundlagen S. 157 ff.

[313]) Vgl. hierüber Schiaparelli: Note Diplomatiche sulle carte Langobarde II (Archivio storica italiano, Serie VII Vol. XIX, 1933) S. 36 ff.

[314]) Brunner: RG d. Urk. S. 86 ff.

[315]) Steinacker: S. 96

[316]) a. a. O. S. 40 ff. und 34 ff.

gelium unter Abgabe eines Festigungseides bestanden hatte. Es handelt sich hiebei vorwiegend um eine Spezialität bei kirchlichen Schenkungen. Diese firmatio geriet bei den Langobarden — wie Schiaparelli weiter zeigte [317]) — in Verfall. Zwar hatte sich in ihren Urkunden das «post traditam» noch sehr lange erhalten, aber einerseits wurde diese Wendung vielfach bloss noch als leere Floskel verwendet, anderseits verstand man unter ihr auch die Hingabe der Urkunde an die Zeugen zur Signierung.

Die beste Bestätigung ihrer rechtsgeschäftlichen Bedeutungslosigkeit bietet der Umstand, dass man in den germanischen Urkunden nördlich der Alpen vergeblich nach dem «post traditam» oder einem Korrelat sucht, [318]) obschon dort die Urkundenbegebung tatsächlich Geschäftsform sein konnte.

3. Die traditio cartae im germanischen Rechte.

So befremdlich dem formlosen römischen Rechte die traditio cartae wäre, so wenig würde sie im germanischen Rechte erstaunen, wo — im Gegensatz zum römischen — die Form rechtserzeugendes Kriterium darstellte, genauer: die förmliche und sichtbare Willenserklärung.

Tatsächlich bestehen auch über den Einbau der Urkundenbegebung in den germanischen Geschäftsformalismus keine Zweifel. Zahlreich sind die Zeugnisse, in denen die Urkunde zusammen mit andern Symbolen dem Gegenkontrahenten überreicht wurde. Indem sie dabei zumeist noch unbeschrieben oder ergänzungsbedürftig war und somit bloss als Quasiurkunde auftrat, offenbart sich ihre Konzeption als Symbol noch in besonderem Masse. [319])

Da sie nicht im geringsten aus den übrigen Symbolen hervorgehoben wird, muss sie grundsätzlich dieselbe Bedeutung gehabt haben wie jene. [320]) Im besonderen scheint man sie der festuca gleichgesetzt zu haben. Das vorherrschende gemeinsame Auftreten von Urkunde und festuca — wobei man nicht selten die festuca an der Urkunde befestigte — lassen dies be-

[317]) a. a. O. S. 48 ff.

[318]) Was es mit dem «datum» der germanischen Korroborationsklausel — das Brunner dem «post traditam» gegenüberstellt — für eine Bewandtnis hat, ist eingehend von Ficker (Beiträge z. Urkundenlehre S. 64 ff.) aufgezeigt worden. (Gegen Ficker: Bresslau: a. a. O. II S. 88)

[319]) Brunner: RG d. Urk. S. 306; Bewer: a. a. O. S. 45 f.; Redlich: Privaturkunden S. 49 ff.; MIöG Erg. Bd. 6 S. 5 ff.

[320]) Vgl. Herbert Meyer: Recht und Volkstum S. 17

reits zur Genüge erkennen. [321]) Vornehmlich weist aber der Umstand daraufhin, dass die Urkunde in derselben Art und Weise hingegeben wurde wie die festuca. [322])

Auf Grund der Lex Romana Curiensis [323]) darf angenommen werden, dass die festuca üblicherweise auf den Boden gelegt, und von dort aufgehoben und weggeschleudert oder dem Gegenkontrahenten zugeworfen wurde. Zwar wird in keiner andern Quelle ein derartiger Formalismus bezeugt; einzig die Lex Salica tit. 46 erwähnt kurz — ohne auf eine levatio festucae einzugehen — dass die festuca dem Adressaten zuzuwerfen sei. Die Tatsache, dass die Lex Romana Curiensis als römisches Gesetz aus der germanischen Randzone von dieser Uebung berichtet, berechtigt aber zur Verallgemeinerung. Denn leicht ist es verständlich, dass die levatio festucae als altvertrauter Brauch in den germanischen Rechten und Urkunden keine besondere Beachtung gefunden hatte. Dem römischen Gesetzgeber dagegen musste sie merkwürdig genug erscheinen, sodass sich ihm ihre ins Einzelne gehende Beschreibung geradezu aufdrängte.

Im wesentlichen stimmt mit diesem Formalismus derjenige der Urkundenbegebung, der levatio cartae [324]), überein, welche

---

[321]) Tangl: Festschrift H. Brunner 1911, 761 ff. Auf die körperliche Verbindung von festuca und Urkunde dürfte auch die Umwandlung der festuca vom Stabe zum Halm zurückzuführen sein. Wie die Darlegungen Tangl's zeigen, wurde durch einen Schlitz in der Urkunde ein Reis gesteckt. Dass solche Verbindungen häufiger waren, als Tangl annimmt, verraten die Fuldaer Abwandlungen des «cum stipulatione subnexum». Mit Recht beziehen deshalb Herbert Meyer: a. a. O. S. 17 und Hübner: a. a. O. S. 260 die Formel «cum stipulatione subnixa» auf die Verbindung von Urkunde und festuca. Wenn der Fuldaer Schreiber Asger der Urkunden- und festuca-Gabe einen verschiedenen Rechtsgehalt gibt, so lässt sich hieraus ersehen, dass Ende des 8. Jhd. die Urkunde bereits als selbständiges Gedinge (Perfektions-) zeichen verwendet worden war.

[322]) Das Folgende spezifiziert die Annahme Brunners, der die levatio cartae auf die Form der Symbolgebung zurückführt. (RG d. Urk. S. 304). Brunner denkt dabei an die Begebung von Scholle und Zweig; indessen scheint, dass primär das Vorbild der festuca-Reichung im Vordergrund gestanden hat, nachdem — wie Brunner selbst erklärt — Scholle und Zweig erst später, nach Einführung der Urkunde zum Begebungsakt herangezogen worden waren. Hinsichtlich der Entstehung der levatio vgl. neben Goldmann MIöG 35 auch die abweichenden Ansichten von Redlich (Privaturk. 52) und Bresslau (Urk. Lehre II S. 86)

[323]) MGH Legum V S. 421 Cap. 2 (liber XXIV). Vgl. Redlich: a. a. O. S. 50 f.

[324]) Die im Verhältnis zu den Belegen der levatio festucae weitaus zahlreicheren Nachrichten über die levatio cartae sind nicht auf die Besonderheit der levatio, sondern auf diejenige des Levations g e g e n s t a n d e s zurückzuführen

die Niederlegung des Pergaments auf den Boden und seine Aufnahme und Uebergabe an den Schreiber und den Gegenkontrahenten umfasste — an jenen, damit er die Urkunde errichte, an diesen, zur Perfektion des Geschäftes. [325]) Je nach dem Empfänger, wurde sie mit Tintenfass und Feder oder mit der festuca und andern Perfektionssymbolen beschwert. Die levatio an den Schreiber war dabei ebenso Rechtsgeschäft wie diejenige an den Gegenkontrahenten, verpflichtete sie doch den Schreiber zur Urkundenerrichtung und zur Aushändigung an den Adressaten. [326]) (Auch bei diesem Gedinge diente somit die Urkunde als Perfektionsmittel).

Wenn Goldmann [327]) den Zusammenhang zwischen der levatio cartae und der levatio festucae leugnet, so geschieht dies vornehmlich infolge seiner Verkennung der festuca, die in der Lex Curiensis (wo sie stipula heisst) ein beliebiger Halm, der vom Boden aufgelesen wird, gewesen sein soll. Allein — nur ein S t a b kann geworfen werden, [328]) nur ein Personalstab insbesondere kann beim ev. nachfolgenden Streit über das Gedinge als B e w e i s m i t t e l dienen. [329])

Damit wird in keiner Weise etwas gegen die symbolische Bedeutung der Niederlegung der Urkunde auf den Boden gesagt. Sehr wohl kann ihr Grund — wie Goldmann annimmt [330]) — auf den mystischen Glauben zurückgehen, die Urkunde werde durch die Berührung mit der Erde gestärkt. Dieselbe Vorstellung würde aber natürlich auch bei der levatio festucae vorgelegen haben.

Wendet man sich der Frage nach dem rechtlichen Gehalt der Urkundenbegebung zu, hat man wiederum ihren Einbau in die germanische Kontraktsform an die Spitze zu stellen. Die Urkunde wurde gleich wie die übrigen Symbole behandelt und konnte deshalb beim Abschluss des Rechtsgeschäftes keine

[325]) Die Literatur zur levatio cartae ist bei Heuberger MIöG 39 S. 48 zusammengestellt. Vgl. insbesondere Goldmann: Cartam levare MIöG 35 S. 1 ff.

[326]) Bresslau: Handbuch d. Urk.-Lehre II, 1 S. 83/84; Goldmann a. a. O. S. 30 f. erblickt in der levatio cartae den Auftrag an den Schreiber, die Urkunde zu verfertigen.

[327]) Goldmann: a. a. O. S. 11 f., S. 16

[328]) Bedeutungslos ist die verschiedenartige Verwendung von Urkunde und stipula, auf welche Goldmann verweist. (Jene wird hin g e g e b e n, diese hinge w o r f e n). Sie hängt mit der Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte zusammen

[329]) Lex Rom. Curiensis XXIV c. 2

[330]) Goldmann: a. a. O.; zustimmend Herbert Meyer: Recht und Volkstum S. 16

andere Funktion erfüllt haben als die andern Zeichen. Das Symbol, an welches sie sich vor allem angenähert hatte, war — wie erwähnt — die festuca.

Die festuca ist aber innerhalb des Liegenschaftsgeschäftes bloss das Perfektionsmittel der obligatorischen Sala; eine dingliche Einwältigung «per festucam» gab es nicht, und eine symbolische Investitur «per festucam» bildete sich erst später — nach der karolingischen Zeit — heraus, d. h. lange nach der Einführung der Urkunde in das germanische Geschäftswesen. Wenn deshalb das tradere per festucam Ausdruck des obligatorischen Veräusserungsvertrages war, dann kann auch für das tradere per cartam nichts anderes gegolten haben. Sofern man mehr behauptet, hat man eindeutigen Beweis zu führen. Jedenfalls lässt sich allein aus der Formel «tradere per cartam» (womit immer wieder argumentiert wird) [331]) kein Schluss auf den angeblich dispositiven Charakter der Urkundengebung ziehen.

§ 13. Die angebliche investitura per cartam.

Die Lehre Brunners von der investitura per cartam ist zwar nicht unangefochten geblieben. Doch blieb sie gleichwohl bestehen und wird von der herrschenden Meinung noch heute als grundsätzlich richtig anerkannt. Es ist deshalb am Platze, sie noch einlässlicher zu kritisieren und zwar umso mehr, als sie die Schau des altdeutschen Liegenschaftsgeschäfts in entscheidender Weise beeinflusst hat.

1. Der angebliche Entwicklungsablauf.

Im vorhergehenden Abschnitt ist gezeigt worden, dass bereits die Voraussetzung von Brunners Lehre unrichtig ist: Das spätrömische Recht hatte keine dispositive traditio cartae gekannt, sodass von einer Uebernahme dieser angeblich fremden Veräusserungsform durch das altdeutsche Recht nicht die Rede sein kann. Die selbständige Ausbildung einer dispositiven Urkundenbegebung auf deutschrechtlichem Boden ist anderseits gänzlich unglaubwürdig, angesichts des damaligen gegenständlichen Rechtsdenkens. Solange noch die Sache selber rechtsförmlich übergeben werden musste, damit das Recht an ihr auf den Erwerber überging, konnte sich nicht parallel ein Verfügungsakt herausgeblidet haben, der lediglich in einer (wenn auch förmlichen) Urkundentradition bestanden haben sollte.

Die Verkennung der ursprünglichen Denkweise hat denn auch dazu geführt, dass man den durch die Lehre von der investitura per cartam bedingten Entwicklungsablauf der sym-

[331]) Brunner: RG d. Urk. S. 288 ff. Bresslau: a. a. O. S. 72, 84 f., Anm. 5. Redlich: Priv.-Urk. S. 48 Anm.

bolischen Investitur widerspruchslos hinnahm. Sie zwingt nämlich zur Annahme, dass die erste Form der symbolischen Investitur in einer förmlichen Urkundenbegebung bestanden habe. Erst später hätte danach das Bedürfnis der Germanen nach sinnfälligem Ausdruck der Rechtsvorgänge dazu geführt, dass allmählich neben der Urkunde auch Investitursymbole (Scholle und Zweig) mitübergeben worden sind und das se exitum dicere beigefügt wurde. Schliesslich — wird gelehrt — habe man die symbolische Investitur auch ohne Urkundenbegebung lediglich unter Nachformung der realen Investitur und Auflassungshandlung vornehmen können. [332])

Einem derartigen Entwicklungslauf, der von der einfachen Form und vom abstrakten Symbol zu umständlichen Akten (Einweisungs- und Exitusformalismus) mit konkreten Symbolen (Scholle und Zweig) fortgeschritten sein soll, geht von vorneherein jede Glaubwürdigkeit ab.

Widersprüchlich ist auch Gierke, [333]) obschon er in der germanischen traditio cartae (richtigerweise) nur eine andere Form der Sala erblickt [334]) und daneben die Investitur auf dem Grundstück gleichwohl noch als nötig erachtet. Denn wenn die Sala — wie er annimmt — eine dingliche Einwältigung gewesen wäre, hätten auch Scholle und Zweig (die er konsequenterweise zu den Salasymbolen rechnet) von Anfang an bei der traditio cartae auftreten müssen. Im Einklang mit den übrigen Meinungen nimmt Gierke aber an, dass erst später zur fremdrechtlichen Sala per cartam diese konkreten Symbole hinzugezogen worden sind.

Bedeutend plausibler erscheinen die Ausführungen Heusler's [335]) und Redlich's [336]) die sich der Einsicht nicht verschlossen haben, dass die fremde Form nur modifiziert im germanischen Rechtsleben hätte Verwendung finden können. Scholle und Zweig sind ihrer Ansicht nach — ausgenommen im kirchlichen Verkehr — stets mit der Urkundenbegebung verbunden gewesen. Ausdrücklich erklärt Heusler, die traditio cartae habe

[332]) Brunner: a. a. O. S. 305. Schwerin: DRG 2. A. S. 79 ff. Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 305 ff., 307 Anm 56. Zweifel äussert Stobbe: DPR 370 f.; von den Befürwortern der Lehre Brunners scheint einzig Planitz (Grundzüge S. 107) die Herausbildung der ausserprozessualen symbolischen Investitur nicht mit der traditio per cartam in Zusammenhang zu bringen

[333]) Gierke: DPR S. 271 f.

[334]) Ebenso Sohm (ZRG 1 S. 33 Anm.) mit dessen Konzeption der Zusammenhänge — soweit sie das fränk. Recht betreffen — die hier gegebene Darstellung übereinstimmt

[335]) Heusler: Inst. II S. 69 f.

[336]) Redlich: MIöG Erg. Bd. 6 S. 4 ff., Privaturk. S. 52

nur «dadurch allgemeine Aufnahme in das Rechtsleben erlangt, dass die volkstümliche Form geschont und mit der Begebung der Urkunde verbunden wurde». [337]) Dem von der Lehre angenommenen Entwicklungsgang der ausserprozessualen symbolischen Investitur haben sich indessen Heusler und Redlich gleichwohl nicht verschlossen, erklären doch auch sie, er lasse sich bei den Geschäften zwischen Kirche und Laien feststellen. Dort habe man die fremdrechtliche traditio per cartam ursprünglich unverändert zur Anwendung gebracht; doch sei sie in derselben Weise, wie man es für die ausserkirchlichen Geschäfte lehrt, im Laufe der Zeit durch das einheimische Recht ausgeschaltet worden.

Es muss freilich eingeräumt werden, dass die Entwicklungsthese Brunners und seiner Nachfolger genauestens dem Bilde entspricht, das die Quellen vermitteln. In der Regel ist in ihnen nur von der Urkundenbegebung die Rede, wenn auch daneben vielfach noch die Verwendung der festuca und des andelang Erwähnung findet. Die gleichzeitige Begebung von Sachrepräsentanten, von Scholle und Zweig oder Altartuch etc., lässt sich indessen vor dem 9. Jhd. fast nie erkennen. Erst seit der Wende des 8./9. Jhd. stellen diese Symbole im Rechtsakte ausserhalb des Grundstückes keine ungewohnte Erscheinung mehr dar; zur selben Zeit taucht auch das exitum dicere innerhalb ausserprozessualer Geschäfte auf.

Damit bestätigt sich aber nur, dass vor dem 9. Jhd. von einer symbolischen Investitur überhaupt nicht gesprochen werden kann, weder von einer investitura per cartam, noch von einer solchen per cespitem et ramum arboris.

Der Entwicklungsgang der angeblichen tradito per cartam, wie ihn die herrschende Lehre vertritt, krankt noch an andern innern Unwahrscheinlichkeiten. Er bedingt die Annahme, dass die Lösung des Liegenschaftsgeschäfts vom Grundstück, zu der die spätrömische traditio per cartam den Anstoss gegeben habe, völlig abrupt vor sich gegangen sein. Nachdem man ursprünglich das Liegenschaftsgeschäft ausschliesslich auf dem Grundstück vorgenommen habe, wäre es plötzlich möglich gewesen, ausschliesslich ausserhalb desselben die Verfügung zu bewerkstelligen. Erst später — nimmt man an — soll dem Akte ausserhalb des Grundstücks auch noch die reale Investitur (die aber keine rechtliche Bedeutung mehr gehabt habe) gefolgt sein.

Es ist indessen nicht einzusehen, weshalb sich das zähe Festhalten der Germanen an ihren Rechtsgebräuchen (worauf in diesem Zusammenhange immer wieder hingewiesen wird) erst

---

[337]) Heusler: a. a. O.; Redlich a. a. O. pflichtet ihm ausdrücklich bei.

geäussert haben soll, nachdem die angebliche symbolische Investitur per cartam schon längst im Gebrauch gewesen war.

2. Der Urkundentext.

Nachdem man Brunner's Ansicht über die spätrömische dispositive tradito cartae willig Gehör geschenkt hatte, bildete das wesentlichste Moment für die Annahme einer analogen Verfügungsform im germanischen Rechtsgebiete die weitgehende Uebereinstimmung des germanischen Urkundenformulars mit dem römischen. Wie wenig ein fremdrechtliches Formular zur Erkenntnis des einheimischen Rechtes geeignet ist, wurde nicht beachtet. [338]) Die Formeln sind auf die Verhältnisse ihres Ursprungsortes abgestimmt und besitzen deshalb bei unveränderter Uebernahme in ein anderes Rechtsgebiet für die dortigen Rechtszustände nicht den geringsten Beweiswert. Dazu kommt, dass man dort, wo das Urkundenformular ohnehin nicht auf die tatsächlichen Gegebenheiten abgestimmt ist, um so weniger Anlass hatte, den im Laufe der Zeit eintretenden Rechtswandlungen durch Veränderungen des Formulars Ausdruck zu geben. Es ist deshalb nicht nur die ängstliche Akribie des Schreibers, welche das Formular im germanischen Rechtsgebiete über Jahrhunderte hinweg gleichbleiben liess, vielmehr stand auch die Tatsache, dass eine Uebereinstimmung der Formeln mit dem eigentlichen Rechtsgeschehen von Anfang an nicht vorgelegen hatte, einer solchen Anpassung entgegen: Nachdem die Koinzidenz schon zu Beginn des germanischen Urkundenwesens fehlte, ermangelte man sie m. a. W. auch später nicht. Dies umso weniger, als die allgemeine Ausdrucksweise der Formeln erlaubte, von Fall zu Fall einen andern Tatbestand unter sie zu subsummieren, was hinsichtlich der Formel «cum stipulatione subnixa» von Steinacker mit Nachdruck festgehalten worden ist. [339])

In unserem Zusammenhange sind die dispositiven Wendungen bedeutungsvoll, die immer wieder eine suggestive Wirkung für die Beurteilung des rechtlichen Gehaltes der Urkunde ausüben. [340]) Selbst wenn ihnen im römischen Rechte dispositive Bedeutung zugekommen wäre, würde sich — nach dem eben Gesagten — aus ihnen allein nichts für die Bewertung des germanischen Rechtes ergeben. [341]) Sie überzeugen indessen schon an und für sich nicht, treten sie doch ursprünglich weder im Zusammenhang mit Investitursymbolen in Erscheinung noch ist je (auch später nicht) von einem investire per cartam die

[338]) Steinacker (a. a. O. S. 12) hat mit besonderem Nachdruck auf diesen Punkt hingewiesen. Vgl. auch Freundt a. a. O. S. 129

[339]) Steinacker: a. a. O. S. 18

[340]) Brunner: RG d. Urk. S. 130 f., 288 f.

[341]) Vgl. auch Freundt: a. a. O. S. 165 f.

Rede. [342]) In all den unzähligen Traditionsurkunden heisst es stets «trado per hanc cartam» nie «facio investituram per hanc cartam» oder ähnlich.

Entsprechend fehlt auch den Veräusserungen, bei denen eine Urkunde tradiert wird, die typische Rechtswirkung der symbolischen Investitur, d. h. die Selbsteinwältigungskompetenz des Investierten. Die zahlreichen Belege, welche im Anschluss an eine «symbolische Investitur» mittelst Urkundenbegebung die Vornahme der realen Investitur bezeugen, lassen hierüber keinen Zweifel. [343]) Hervorzuheben ist, dass auch diese nachfolgende Einweisung als legalis vestitura, d. h. als die auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Investitur bezeichnet wird. [344])

Nicht einmal bei königlichen Schenkungen mittelst praeceptum regis wird von der feierlichen Realinvestitur Umgang genommen; [345]) und zwar handelt es sich hier ebenfalls um die «legalis investitura». Damit fällt insbesondere auch die — selbst von den Gegnern Brunner's vertretene — Annahme dahin, dass wenigstens die traditio precepti regis die reale Einweisung er-

---

[342]) Nicht in Betracht kommen natürlich jene Zeugnisse, in denen von einem investire per cartam in Verbindung mit Investitursymbolen die Rede ist. Es handelt sich hier durchwegs um Zeugnisse nach der Einführung der symbol. Investitur «per cespitem et ramum arboris». Auch bei der realen Investitur im Anschlusse an die traditio cartae wurde gelegentlich die Urkunde nochmals hingegeben. Vgl. Cart. de Lausanne: 52 a. 943 «venit C. et advocatus R. et vestituram fecerunt per cartam et ostium et vuasonem, sicut superius insertum est, sicuti lex fuit.» Ebenso: 32 a. 902; 33 a. 921? Dass hier von einer «investitura per cartam» keine Rede sein kann, liegt auf der Hand.

[343]) Vgl. die Angaben bei Gierke (DPR II S. 272 Anm. 25) und Schröder/Künssberg (DRG S. 308 Anm. 57). — Dazu: Regesta Alsatiae I No. 450 a. 820. Mommsen in Festschrift Brackmann, 1931, S. 77 ca. 885. Fumagalli No. 54 a. 842 (Die Realinvestitur erfolgt hier «justa dationem illa ac traditionem quas ipsi A... emiserat.» — Cart. de Beaulieu No. 173 a. 881 (Loersch/Schröder: 3. Aufl. No. 61). Cartulaire de Lausanne: No. 334 u. 335 a. 885; 30 u. 32 a. 901/2; No. 31 u. 33 a. 921?; 51 u. 52 a. 943; 48 u. 49 a. 961?; 229 u. 230 a. 1056. Mémoires et Documents (publiés p. l. soc. d'hist. de la Suisse romande) 1ère Série t. XXVI S. 110 a. 958? Man vergleiche auch alle Investiturnachrichten im Anschlusse an die sog. «donationes post obitum»; durchwegs sind ja diese Vergabungen gegenüber der Kirche unter traditio cartae vorgenommen worden.

[344]) Vgl. Cart. de Lausanne No. 49 a. 961?: «Venit M. episcopus et advocatus suus A. et vestituram fecerunt ad fratres T., A., M. per hostium et vasonem, sicut ista carta commemorat, sicut superius insertum est et sicutilex fuit.» No. 52 a. 943; 32 a. 902; Urk. bei Sohm in Auflassung S. 88 f. a. 845

setzen konnte. [346]) Tatsächlich findet sich denn auch weder ein quellenmässiger Beleg noch ein sonstiger Grund, wonach die königlichen Liegenschaftsveräusserungen mit Urkunde — im Gegensatz zu denjenigen ohne Urkunde [347]) — andern als volksrechtlichen Grundsätzen unterworfen gewesen sein sollten. [348])

Selbst wenn man aber anzunehmen hätte, dass vielen königlichen Schenkungen keine reale Einweisung nachfolgte, würde dies angesichts der Autorität der königlichen Urkunde keineswegs zur Konstruktion einer besonderen königlichen Veräusserungsform zwingen. Bekanntlich verwirkte man ja sein Leben, falls man — ohne selber eine königliche Urkunde zu besitzen — einer Königsurkunde widersprach. Niemand dürfte es deshalb gewagt haben, sich einem nicht-investierten Grundstücksansprecher — der sich auf eine königliche Schenkungserklärung berufen konnte — entgegenzustellen. Da es der König war, der die Vornahme der Grundstücksübergabe wollte, war ihr Vollzug undiskutabel, sodass mit der Erklärung des königlichen Uebergabewillens die Verfügung praktisch so gut wie vollzogen erschienen haben musste.

Eine einzige Ausnahme, die regelmässig als Musterbeispiel für die investitura per cartam angeführt wird [349]) scheint es allerdings zu geben. Es ist dies die bei Loersch/Schröder (3. Aufl. No. 36) abgedruckte Prozessurkunde von 816. Die Zeugen erklären darin «quod tempore domni Pipini et tempore Karoli quondam regis et fillii sui Ludovici regis ipsa casa Dei vestita fuisse et per ipsas cartas casa sancti Benigni vestitam vidissent».

[345]) Vgl. Bresslau: Urk.-Lehre II, 1 S. 69 f., Beispiele S. 70 Anm. 1. Des weiteren: Cart. de Lausanne No. 30 u. 32 a. 901/2

[346]) Brunner: RG d. Urk. S. 288. Schröder/Künnsberg: a. a. O. S. 310 ff. und die cit. in Anm. 71. Sohm: Auflassung: S. 103 Anm.

[347]) Urk. d. dtsch. Karol. I, 1 a. 829; 102 a. 860

[348]) Selbst wenn man anzunehmen hätte, dass vielen königlichen Schenkungen keine reale Einweisung nachfolgten, würde dies angesichts der Autorität der königlichen Urkunde keineswegs zur Konstruktion einer besonderen königlichen Veräusserungsform zwingen. Bekanntlich verwirkte man ja sein Leben, falls man — ohne selber eine königliche Urkunde zu besitzen — einer Königsurkunde widersprach. Niemand dürfte es deshalb gewagt haben, sich einem nicht-investierten Grundstücksansprecher, der sich auf eine königliche Schenkungserklärung berufen konnte — entgegenzustellen. Da es der König war, der die Vornahme der Grundstücksübergabe wollte, war ihr Vollzug undiskutabel, sodass mit der Erklärung des königlichen Uebergabewillens die Verfügung praktisch so gut wie vollzogen erschienen haben musste

[349]) Brunner: a. a. O. S. 294 f., 305; Redlich: Privaturk. S. 62. Hübner: Gerichtsurkunden I No. 213

Diese Erklärung brauchte sich aber nicht auf den Erwerbsakt zu beziehen. Es konnte damit ebensogut auf ein Zeugnis angespielt worden sein, das den ungestörten und urkundlich gesicherten Besitz zum Inhalte hatte. Diese Deutung ist deshalb die wahrscheinlichere, weil der fragliche Erwerbsakt schon zur Zeit Pippins vorgenommen worden war, d. h. mehr als 40 Jahre zurücklag. Es ist doch wenig glaubhaft, dass sich nach so langer Zeit genügend Zeugen gefunden hätten, die mit eigenen Augen den Erwerbsakt mitverfolgt haben. Einen Beweis der investitura per cartam vermag diese Urkunde jedenfalls nicht darzustellen.

Aber auch die wenigen Urkunden, welche in anderer Weise Brunner's Lehre belegen sollen, sind zweideutig und lassen sich zwangslos in gegenteiligem Sinne verstehen.

So insbesondere das Testament Abbos (Diplomata, chartae etc. ad res gallo-francicas spectantia ed. J. M. Pardessus II No. 559 p. 376 a. 739) das Brunner als besonders klar bezeichnet. [350]) Von einer unvollzogenen Schenkung wird darin gesagt «ipsa carta donationis... quod scripserat... et ipsa portio... ad ipsa ecclesia... nunquam fuit tradita nec recepta». Wie man sieht, hält der Text die traditio cartae und die traditio portionis auseinander und gibt nicht den geringsten Hinweis dafür, dass man sich die traditio portionis durch traditio cartae vollzogen gedacht hatte.

Ebenso ist es keineswegs ausgemacht, dass die Frage des Richters in MGH Diplomatum imperii I (Pertz) No. 70 a. 697 (oben S. 52), ob die Vertragspartner des umstrittenen Tauschgeschäfts die Urkunden ausgetauscht hätten, durch die angebliche dispositive Wirkung der Urkundentradition bedingt gewesen war. [351]) Sie lässt sich ebensogut bei rein obligatorischer Bedeutung der Urkundenbegebung verstehen. Tatsächlich beschränkt sich denn auch der Kläger keineswegs auf den Hinweis, dass der — nach Brunner allein massgebliche — Vertragsabschluss nicht getätigt worden sei, sondern er erklärt gleichzeitig, dass man auch die Investitur nicht vorgenommen habe. Anderseits erübrigte sich natürlich für den Richter die Frage nach der Investitur, nachdem bereits der Vertragsabschluss mit Erfolg bestritten werden konnte. [352])

Das grösste Gewicht unter den Einzelbelegen misst man den ribuarischen Titeln 48 und 59 zu, auf welche schon weiter vorne eingegangen worden ist. [353]) Hinsichtlich des tit. 48 liess

[350]) Brunner: a. a. O. S. 289 f.

[351]) Brunner: a. a. O. S. 290 f.

[352]) Hinsichtlich der Frage des Nachweises der Investitur im Prozess vgl. unten S. 151 f.

[353]) S. 1 f.

sich dabei festhalten, dass das «adoptare in hereditate vel adfatimi per scripturarum seriem seu per tradicionem et testibus adhibitis» nicht zwei Möglichkeiten der Erbvergabung bezeichnen musste, sondern auf die beiden Akte eines einzigen Rechtsgeschäftes hingewiesen haben dürfte. Ebenso konnte hinsichtlich des tit. 59,1 gesagt werden, dass der in ihm geschilderten gerichtlichen Übergabehandlung keine Ausschliesslichkeit zugekommen zu sein brauchte, wie die herrschende Lehre annimmt. Nicht die Regelung des Liegenschaftsgeschäftes bildete seinen Inhalt, sondern die Regelung des Urkundenbeweises. Von einer traditio oder gar investitura per cartam findet sich nicht die geringste Spur. Im Gegenteil: Erst nach der Uebergabehandlung hatte nach dem Wortlaute des Gesetzes die Urkundenerrichtung zu erfolgen. Eine bedeutungsvolle Entdeckung Ernst Mayer's im angelsächsischen Rechte bestätigt diese Auslegung auf das nachdrücklichste. [354])

> Mirror of justices V. 1. 74 (ed. Whittaker S. 163)
> Es ist nach dieser Quelle «abusion a quider que escriz e chartres facent estat e de user a fere les chartres de feffemenz avant transmitacion de saisine; desicom chartre est vicious, qe testmoint doun estre fet, ou la transmitacion nest mie uncore fete de la seisine.»

Auf alle Fälle musste demnach neben der Urkundenbegebung noch die Investitur vorgenommen werden; wurde dies unterlassen, dann war die Urkunde «vicious», d. h. sie machte eine falsche Aussage. Der einleitenden Bestimmung, dass die Urkunde erst nach der realen Investitur errichtet werden sollte, ist in Wirklichkeit — jedenfalls auf dem Festlande — vielfach nicht nachgelebt worden. Sie trifft denn auch nicht den kritischen Punkt bei den Veräusserungen, die man urkundlich festigen wollte: Es war im Grunde bedeutungslos, wann die Urkunde errichtet wurde; das Entscheidende lag darin, dass in jenem Zeitpunkte, in dem man sich gegenüber Dritten auf sie beruft, die Veräusserung abgeschlossen und der Urkundenträger real eingewiesen worden war.

3. Die traditiones extra und intra comitatem

Als eine Auswirkung der Lehre von der investitura per cartam werden die traditiones extra comitatem anders konzipiert als die traditiones intra comitatem. Die traditio extra comitatem — lehrt man — habe nur die Sala umfasst. Erst

[354]) ZRG 34 S. 405

durch das Capitular von 818/19 sei die symbolische Investitur — welche intra comitatem schon längst eingebürgert gewesen sei — auch extra comitatem zugelassen worden. [355])

Für diese Auffassung geben uns die Urkunden nicht den geringsten Anhaltspunkt. Sowohl bei Veräusserungen intra wie auch bei Veräusserungen extra comitatem heisst es stereotyp trado (per cartam) ohne Zusatz oder Auslassung, welche darauf hinweisen, dass die Wendung einmal (extra comitatem) lediglich die Sala, dann wieder (intra comitatem) Sala und Investitur bezeichnet habe. [356]) Zu ihrer gewalttätigen Konstruktion wird die Lehre gezwungen, weil das Capitular von 818/19 eindeutig beweist, dass extra comitatem eine symbolische Investitur bis zum Beginn des 9. Jhd. unbekannt war. Die investitura per cartam musste indessen — wenn überhaupt — bereits im 7. Jhd. im germanischen Rechtsgebiet Eingang gefunden haben, weshalb der Schluss gezogen wird, bis 818/19 sei sie lediglich intra comitatem zulässig gewesen. Nachdem aber diese Konstruktion nicht aufrechterhalten werden kann, stehen wir vor einem weitern Widerspruch zwischen den tatsächlichen Verhältnissen und der angeblichen investitura per cartam, der beweist, dass die Lehre falsch sein muss.

4. Die investitura per cartam und die Veräusserungen der Nicht-langobardischen Germanen.

a) In Norditalien

Am unmittelbarsten wird die Identifizierung der Urkundenbegebung mit der symbolischen Investitur durch den Gegensatz widerlegt, in dem sich das tradere per cartam zur symbolischen Investitur gestellt findet. [357]) Es sind vornehmlich die Urkunden der in Norditalien ansässigen ausserlangobardischen

---

[355]) Brunner: a. a. O. S. 278; Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 308; Hübner: a. a. O. S. 261; Schultze: Augustin & der Seelteil S. 53.

[356]) Bereits im Gesetzestext findet sich nicht der geringste Hinweis darauf, dass zwischen der traditio intra comitatem und derjenigen extra comitatem irgendwelche formale Verschiedenheiten bestanden hätten. Ebenso wenig lassen sich solche in den Urk. entdecken; man halte z. B. die folgende trad. extra com. einer beliebigen trad. intra com. gegenüber: Cod. Laureshamensis Bd. II 730 a. 790/810: «Hec est traditio quam E. tradidit ad sanctum dei Nazarium martyrem qui requiescat in monasterio Laur., de rebus proprietatis sue quas habuit in Lobodengowe et in Spirehgowe, coram testibus in manu L. pbri. et L. et E. et R. et E. qui elegerunt unum ex se ipsis, E. uidelicet, ut ille acciperet uestituram, et fuisset missus eorum, quod et fecit». Anschliessend folgen die Namen der Zeugen, die aus den Grafschaften stammen, wo die betr. Güter liegen.

[357]) Darauf hat schon Sohm hingewiesen. (ZRG 1 S. 33 Anm.)

Germanen, denen in diesem Zusammenhang höchste Bedeutung zukommt. Scharf wird in ihnen das «tradere (per cartam)» [358]) von der nachfolgenden symbolischen Investitur mit Scholle und Zweig und andern Symbolen — aber ohne Urkunde — auseinandergehalten.

Fumagalli No. 55 a. 842

> «Ego ... ex genere alamannorum ... per presentem cartulam do, dono ad presenti diae ... proprietario nomine ... (Beschrieb) et vistituram hac traditionem juxta lege meam facere videor» (vgl. S. 98).

Codice diplomatico Padovano I No. 232 a. 1076

> «... ista pecia de terra aratoricia ... una cum accessionibus et ingressoras earum ... in integrum ab ac die tibi pro isto precio vendo, trado et mancipo nulli aliis venditas donatas allienatas obnosiatas vel traditas nixi tibi. Insuper per coltellum fistucum notatum wantonem et wasonem terre adque ramum arborum tibi legiptimam facio tradicionem et investituram et me exinde foris expelli ... et absasito feci et tibi ad tuam proprietatem abendum reliquum faciendum exinde ad presenti die tu et heredibus tuis ... [359])

Dass es praktisch vielfach zu einer Verschmelzung der Urkundenbegebung mit der Uebergabe der Investitursymbole gekommen ist, [360]) versteht sich von selbst und tut nichts zur Sache. Entscheidend ist, dass das Formular (in welchem sich naturgemäss die ursprünglichsten Rechtsverhältnisse wiederspiegeln) nicht die Urkundenbegebung sondern die Begebung der Symbole samt Auflassungserklärung als symbolische Investitur bezeichnet.

b) Nördlich der Alpen

aa) Im Allgemeinen

Im Gegensatz zu den norditalienischen Quellen findet sich in den transalpinen Veräusserungsurkunden die symbolische

[358]) «tradere» und «tradere per cartam» werden wechselweise verwendet und sind natürlich gleichbedeutend.

[359]) Vgl. auch Cod. Dipl. Padovano I No. 243 a. 1077; 141 a. 1041; 42 a. 954; Regesto di Modena I No. 186 a. 1038; 267 a. 1075; 342 a. 1125

[360]) Vgl. das aus dem 11. Jhd. stammende Cartularium Langobardicum (MG Leges IV S. 595 ff.)

Investitur nur selten erwähnt, sodass sich der Widerspruch zur traditio cartae als angebliche investitura per cartam nicht in ähnlicher Weise aufzeigen lässt. Daraus kann man aber nichts für die Lehre der investitura per cartam ableiten. Denn wenn die ausserhalb ihrer Heimat lebenden Germanen entsprechend ihrem Heimatrechte, wie es immer wieder heisst, ihre Veräusserungen regelmässig mit der symbolischen Investitur per ramum et cespitem verbanden und die investitura per cartam nicht kannten, dann konnte es sich in den Stammgebieten selber — wo es keine oder nur geringe fremdrechtliche Einflüsse gab — nicht anders verhalten haben.

Wenn die norditalienischen Urkunden die symbolische Investitur ungleich häufiger anführen, so hat dies seinen Grund im gegensätzlichen langobardischen Recht, das die symbolische Investitur nicht kennt. Diesen Schluss hat man jedenfalls angesichts der besonderen Beachtung, welche die langobardischen Schreiber der symbolischen Investitur bei den Veräusserungen der Nicht-Langobarden schenkten, zu ziehen. Da sie einen fremdartigen Zusatz darstellten, strichen sie sie durch ausführliche Darstellung heraus. Nördlich der Alpen fand dagegen die symbolische Investitur als Selbstverständlichkeit nur geringe Beachtung bei den Schreibern und wurde zumeist unter die allgemein gefasste Uebergabeerklärung subsumiert.

bb) Im alamannischen und bayrischen Volksrecht

Bis in die neuere Zeit erhielt sich völlig unangefochten die Lehrmeinung, dass im alamannischen und bayrischen Gebiete die investitura per cartam bei Geschäften, an denen die Kirche beteiligt war, die Regel darstellte. [361]) Das Fundament zu dieser Auffassung bildeten die Eingangstitel der Volksrechte, welche für die Liegenschaftsgeschäfte der Kirche Schriftlichkeit vorschrieben und zudem verlangten, dass die Urkunde — vollständig ausgefertigt und von den Zeugen firmiert — auf den Altar der beschenkten Kirche gelegt werden sollte. «Et tunc ipsam epistolam ponat super altare et sic tradat ipsam pecuniam» beschliesst das bayrische Recht (Lex Bai. tit. I, 1) diese Regelung.

Nachdem man der Lehre Brunners grundsätzlich zugestimmt hatte, lag es natürlich nahe, diese Vorschriften als Nachweis der investitura per cartam in den süddeutschen Rechten zu be-

[361]) Brunner: a. a. O. S. 155, 266, 277 ff.
Schröder/Künssberg: a. a. O. S. 306 Anm. 51
Heusler: Inst. II 69; Redlich: Privaturkunde S. 48
Gierke: Schuld und Haftung S. 379 Anm. 16, DPR II S. 271 A. 22 u. a. (vgl. Literaturangaben bei Merk: a. a. O. S. 131 A. 1)

trachten. Umso eher musste man zu einer derartigen Annahme geführt worden sein, als ihr Inhalt keine Schöpfung des weltlichen Gesetzgebers war, sondern dem Kirchenrecht entstammte. Der Gesetzgeber erklärte mit seinen Bestimmungen bloss das bestehende kirchliche Liegenschaftsrecht auch für die Laien — soweit diese mit der Kirche in rechtsgeschäftlichen Kontakt traten — als verbindlich. Nicht nur für das römische, sondern auch für das kirchliche Recht wurde ja die traditio per cartam als erwiesen angesehen. In der kirchlichen Altarhandlung erblickte man deshalb die Form der dispositiven traditio cartae und unterzog die volksrechtlichen Texte keiner weiteren Prüfung mehr. Erst Merk [362]) hat — auf den alamannischen Rechtskreis sich stützend — ihre kritische Würdigung vorgenommen.

Hinsichtlich der angeblichen rechtlichen Bedeutung der Urkunden gelangte er zu einem völlig negativen Urteil. Von einer dispositiven traditio cartae vermochte er nichts zu bemerken; er stellte einzig die Konzeption der Urkunde als S t ä r k u n g s m i t t e l fest. Seine Ausführungen sind indessen noch keineswegs durchgedrungen. [363]) Allerdings — die wesentliche Tatsache der Niederlegung der Urkunde auf den Altar liess er fast unberücksichtigt. Die allgemeine Verbreitung dieses kirchlichen Brauches, wie auch der Umstand, dass die Lehre ihn als die kirchliche Form der dispositiven traditio cartae betrachtet, hätte dagegen seine nähere Beschreibung verlangt. Indessen liegt es auf der Hand, dass ihm auf keinen Fall dispositive Bedeutung zugekommen sein konnte, wenn die Urkunde bloss als ein Stärkungsmittel aufgefasst worden war. Die Darlegungen Merk's zeigen somit — auch wenn sie mehr die Charakterisierung der Urkunde zum Inhalte haben [364]) — gleichwohl eindeutig die Haltlosigkeit der herrschenden Lehre auf.

Denn tatsächlich spricht der Text beider Volksrechte weder von einem t r a d e r e noch von einem i n v e s t i r e, sondern nur von einem f i r m a r e p e r c a r t a m, [365]) was allein schon vor der Annahme einer dispositiven Urkundenbegebung

[362]) Walter Merk: Die Grundstücksübertragung nach dem alamannischen Volksrecht. Festschrift Ernst Mayer, 1932, S. 125 ff.

[363]) Planitz (Konstitutivakt, Festschrift A. Schulze, 1934, S. 189) pflichtet Merk bei, nimmt aber gleichwohl an, dass vor der Zeit der beiden Volksrechte, d. h. vor dem 8. Jhd., die traditio per cartam im kirchlichen und weltlichen Verkehr zur Anwendung gelangt sei.

[364]) a. a. O. S. 149 ff., 158. Soweit M. die Altarhandlung charakterisiert, muss ihm zudem widersprochen werden. Vgl. unten S. 148

[365]) Merk: a. a. O. S. 136 ff.

hätte bewahren sollen. Dies umso mehr, als das firmare per cartam klar erkennbar das Gegenstück zum firmare per testes bildet. Die Belege hiefür sind zahlreich. [366]) Zur sofortigen Illustrierung seien einige besonders instruktive Beispiele angeführt.

Lex Bai. tit. XVI, 15
«Quicquid vendiderit homo aut conparaverit qualecumque re, omnia sint firmata aut per cartam aut per testes qui hoc probare possent.»

Lex Bai. tit. XVI, 2
«per cartam aut per testes conprobetur firma emptio.»

Bitterauf No. 240 a. 806/10
«non habeant firmitatem nec in litteris nec in testibus»

Entsprechend werden Urkunden und Zeugen oft ausdrücklich als Sicherungsmittel bezeichnet. Die Urkunde wird vielfach «carta firmitatis» [367]) oder kurzweg «firmitas» [368]) genannt, die Zeugen «testes firmitatis» [369]) oder «firmatores». [370])

Wenn es somit in unsern beiden Volksrechten heisst «quicquid donaverit, villas, terra, mancipia vel aliqua pecunia, omnia quaecumque donaverit pro redemptione animae suae, hoc per epistolam confirmet...» (Lex Bai. tit. I, 1) oder »... qui voluerit hoc (die Schenkung) facere, per sartam de rebus suis ad ecclesia, ubi dare voluerit, firmitatem faciat...» (Lex Alam. tit. I, 1) dann ist nur von der Urkunde als Sicherungs- und nicht als Traditionsmittel die Rede.

Dies ist deshalb von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der nachfolgenden Urkundentradition, weil es sich um eine Ausdrucksweise des Gesetzes handelt, und zwar jenes Gesetzes, das die Urkunde in das Rechtsleben einführte und ihr dort Anerkennung sicherte, sodass sich in ihm der Charakter der Urkunde in ganz besonderer Weise zu erkennen geben musste. Indem von der Urkunde einzig als Sicherungsmittel die Rede ist, wird demnach ausser Frage gestellt, dass ihr

366) Merkel: Das Firmare des bayrischen Volksrechtes. S. 125 f. (In ZRG 2, S. 101 ff.)

367) Wartmann I 185 a. 805, Bitterauf: 5 a. 750

368) Bitterauf: 547 a a. 827, 418 a. 819

369) Bitterauf: 333 b a. 815

370) Vgl. Brunner: RG d. Uk. S. 230; Du Cange sub: Firmator 1., Cart. de Conques 60 a. 1060/65.

keine dispositiven Wirkungen zugekommen waren; denn diese Wirkungen hätten infolge ihrer umwälzenden Bedeutung für das Liegenschaftsgeschäft das Hauptcharakteristikum der Urkunde gebildet und wären demgemäss entsprechend herausgestrichen worden. Dass der Urkunde keine dispositive Bedeutung zugekommen ist, zeigt überdies bereits der Umstand an, dass sie vollständig beschrieben und von Aussteller und Zeugen firmiert auf den Altar niedergelegt und dem Priester ausgehändigt wurde. Eine Beurkundung und Bezeugung der angeblich entscheidenden traditio cartae fand nicht statt. [371])

Es kann deshalb keine Frage sein, dass die erwähnte abschliessende Bemerkung im bayrischen Volksrecht «et sic tradat ipsam pecuniam» sich nicht auf den angeblich dinglichen Charakter der Altarhandlung bezieht, sondern auf das Liegenschaftsgeschäft als solches, zu dem die Altarhandlung bloss den Abschluss bildet. Weiter unten soll zur Frage der Altarhandlung noch in umfassender Weise Stellung genommen werden.

5. Die investitura per cartam im langobardischen Recht.

a) Die Veräusserungsurkunden der in Norditalien ansässigen nichtlangobardischen Germanen zwingen zu einer Ueberprüfung des langobardischen Veräusserungsgeschäfts, das ebenfalls eine symbolische investitura per cartam umfasst haben soll. [372])

Tatsächlich beschränkte sich der Formalismus des langobardischen Veräusserungsgeschäfts auf die unter Uebertragungserklärung vorgenommene Urkundenbegebung, wobei kein Zweifel darüber bestehen kann, dass diesem Veräusserungsgeschäft dieselben Rechtswirkungen zugekommen waren wie den Veräusserungen mit symbolischer Investitur der nichtlangobardischen Germanen.

Beispielhaft sind besonders die Schenkungsurkunden der Langobardin Franca und ihres fränkischen Gatten Almerich. Als Witwe nimmt sie in der Paduaner Urkunde No. 44 a. 955 vom 6. Dezember aus Anlass des Todes ihres Mannes eine fromme Schenkung vor und wendet dabei ihr angestammtes langobardisches Recht an. In den Veräusserungsurkunden, welche sie noch mit ihm zusammen errichtet hatte, [373]) nahm sie

[371]) Vgl. auch Merk: a. a. O. S. 138; Haiss: Traditio und Investitura S 35.

[372]) Brunner: Forschungen S. 613 f.; RG d. Urk. S. 130 f. Vgl. bez. der ablehnenden Lit. Merk: a. a. O. S. 131, Anm. 2, S. 132 Anm. 2.
Zu Gunsten Brunner's zuletzt: Schiaparelli in: Archivio storico italiano, Serie VII, Vol. XIX, 1933, S. 52 ff.

[373]) Cod. Dipl. Padovano I No. 42 a. 954, No. 43 a. 955

— wie ausdrücklich festgehalten wurde — die Veräusserung nach der Gewohnheit ihres Mannes, d. h. nach salischem Rechte vor. In Aufbau und Form sind sich alle diese Urkunden gleich, und es steht ausser Frage, dass allen dieselben Rechtswirkungen zugekommen waren. Der einzige Unterschied besteht darin, dass in den Urkunden, in welchen nach salischem Rechte vorgegangen wurde, noch zusätzlich von einer symbolischen Investitur die Rede ist, worüber sich die Urkunde der Witwe Franca — wie alle andern Urkunden, die von Langobarden errichtet wurden — gänzlich ausschweigt.

Die Identität der Rechtswirkungen bezeugt indessen nicht die Identität der Rechts g e s c h ä f t e, und es wäre ein Irrtum, wollte man hierin den Beleg für eine — wenigstens auf das langobardische Recht beschränkte — investitura per cartam erblicken. Wie bereits angezeigt wurde, gibt es ausser der identischen Rechtswirkung nicht den geringsten Anhaltspunkt hiefür, im Gegenteil: Der Gegensatz, den die langobardischen Schreiber zwischen dem langobardischen tradere per cartam und dem investituram facere der übrigen Germanen machen, beweist unmittelbar, dass das langobardische Veräusserungsgeschäft den Gedanken der symbolischen Investitur in keiner Weise in sich aufgenommen hatte.

Dass aus dem prozessualen «reinvestiere per fustem» [374]) nicht auf die Existenz einer symbolischen Investitur geschlossen werden kann, wie Freundt es tut, [375]) hat sich bereits aus früheren Ausführungen ergeben. Die fustis entspricht der festuca, sodass in all diesen Fällen nichts anderes vorliegt als ein Investiturgedinge. Entsprechend wird denn auch hier im Anschlusse an die prozessuale Rückgabeerklärung die feierliche Realinvestitur vorgenommen. [376]) Freilich erübrigte sich diese Einweisung im Laufe der Zeit auch bei den Langobarden. Der Vorgang war analog demjenigen, der sich in den Gebieten

[374]) Fumagalli No. 52 ca. 840: «quia ipsas defendere nullatenus possumus set volumus te exinde revestire sicuti et de presenti per fustem eum exinde revestierunt.»; No. 81 a. 859 «per fuste de mano exinde eodem Petrone abbate et Ambrosius advocatus a parte ipsius monasterii revestivit et reddedit abendum.»; 92 a. 864: «Et ipsi ... inde per fuste de manu revestiverunt et finita est causa»; No. 133 a. 896: Gerichtsvorsitzender nimmt an Stelle des abwesenden Beklagten die Investiturerklärung vor: «per fuste de mano ipsum A. advocatum de ipso sex mansos ad partem monasterii A. investivit ita ut deinceps suam abead ac tenead vestituram sicut antea abuit antequam missi Arnulfi regis pars monasterii desvestissent.»

[375]) Wertpapierrecht I S. 184

[376]) Regesto di Farfa Bd. II No. 208 a. 802/15, No. 212 a. 812, 268 a. 821. Es handelt sich hier durchwegs um g e r i c h t l i c h e Einweisungen, wie

nördlich der Alpen hat feststellen lassen. Auch hier bildete sich zunächst bei ausserprozessualen Veräusserungen eine Selbsteinwältigungsbefugnis des Erwerbers heraus, die später bei den prozessualen Geschäften zur Anwendung gelangte. Die Tatsache, dass sich bereits um die Wende des 8./9. Jhd. die ausserprozessuale Selbsteinwältigung bezeugt findet [377]), indessen die gerichtliche Einweisung sich noch Jahrzehnte später feststellen lässt, [378]) stellt diesen Zusammenhang ausser Frage. Wenn in den langobardischen Prozessurkunden, ebenso wie in jenen nördlich der Alpen, auch dann noch vom revestire per fustem die Rede ist, [379]) als es nicht mehr Ausdruck eines Investiturgedinges sein konnte, sondern auf eine symbolische Investitur hingewiesen haben dürfte, so kann dies nur auf den fränkischen Einfluss im italienischen Gerichtswesen zurückgehen. Denn eindeutig lässt sich anhand der norditalienischen Privaturkunden feststellen, dass bei der Lösung des Liegenschaftsgeschäftes vom Grundstück die symbolische Investitur keine Rolle gespielt haben konnte. Der Ursprung der Selbsteinwältigungsbefugnis des langobardischen Erwerbers muss vielmehr in römischen Rechtsgewohnheiten gesucht werden.

Tatsächlich pflegte man im spätrömischen Rechte schon vor der Einwanderung der Langobarden dem Erwerber ausdrücklich eine derartige Einwältigungskompetenz einzuräumen und befreite auf diese Weise das römische Liegenschaftsrecht vom 2-seitigen Traditionsakte. Die Erlaubnis zur Besitzergreifung wird in den Ravennater Urkunden noch weit über das 9. Jhd. hinaus expressiv verbis angeführt. [380]) Gelegentlich ist sie in der allgemein gehaltenen Erklärung des Uebereignungswillens ausgesprochen. [381]) In den langobardischen Urkunden tritt sie in der «Einräumung aller Rechte an der veräusserten Sache» zum Vorschein. [382]) Dieser Ordnung entspricht es auch, dass

sie auch nördlich der Alpen begegnen. (Vgl. die bei Sohm cit. Urk.: Auflas. S. 91 A. 17, dann auch Neugart 749 a. 963). Diese Investitur war nicht formlos wie Sohm a. a. O. behauptet. No. 225 «Et apprehendidit ipse M. (der Missus des Gerichtsherrn) idem molinum per assem de hostio eius, et retradidit illud ad partem monasterii, et inuestiuit de ipso molino Q. monachum et praepositum S. Georgii . . .» vgl. dazu betr. der Förmlichkeiten der einseitigen Besitzergreifung Anm. 383

[377]) vgl. die weiter unten zu besprechende bekannte spoletinische Gerichtsurkunde von 798

[378]) Regesto di Farfa Bd. II 212 a. 812; No. 251 a. 821

[379]) Cod. Dipl. Padovano I Nr. 102 a. 1017, 171 a. 1055, Memorie e Documenti di Lucca Bd. IV 1. Teil No. 3 a. 1099

[380]) Freundt a. a. O. S. 97

[381]) Freundt a. a. O. S. 77 ff.

[382]) Freundt a. a. O. S. 162 und 169; vgl. dazu auch die bei Bresslau (Ur-

sich analog der Investiturbreven nördlich der Alpen im langobardischen Raume notitiae über die einseitige Besitzergreifung finden. Sie erfolgte in derselben feierlichen und rechtsförmlichen Weise wie die zweiseitige Investitur. [383]) Ebenso wie sie wird auch die einseitige Einwältigung der Urkundenbegebung als Investitur gegenübergestellt, [384]) woraus sich erneut die Unhaltbarkeit der Identifizierung von traditio cartae und symbolischer Investitur ergibt.

Die Selbsteinwältigung des langobardischen Rechts gibt sich demnach als einseitige Investitur zu erkennen. Wie die gerichtlichen Einweisungen sowie vereinzelte ausserprozessuale Zeugnisse [385]) aber zeigen, kam daneben die zweiseitige Investitur bis in die Wende des 8./9. Jhd. gleichwohl noch zur Anwendung. Es ergibt sich hieraus, dass bis in das 9. Jhd. hinein die Abkehr vom zweiseitigen Realakte keineswegs selbstver-

kundenlehre II, S. 84/5 Anm. 1) angeführte Urkunde aus Faenza (Arch. paleograf. italiano 1, Tf. 15, a. 883): «habeatis licentium per hunc nostrum scriptum ... introire et ingredere in omnibus rebus ... tamquam per legitimam et corporalem traditionem»

383) Fumagalli No. 105 a. 874: «Monimenas ipsas relectas sic ipse P. abbas per columnas de ipsas casas seu per terra compreensit de predictis casis ... quas ... G. per cartulas et conveniencia a parte monasterii dedit de quantum vel quicquit exinde justa ipsas cartulas et moniminas legibus vestitura compreendere potuit omnia in integrum justa ipsas cartulas et moniminas vestitura comprehensit.» 112 a. 876: «quod cum relecto fuit (Präzept Kaiser Karls) sic ipse domnus A. archiepiscopus per columna de cassina que in ibi esse videntur et per motoa terre ipsus tam de ipsa cassina et sedimen et de reliquis rebus ... in eodem vico et fundo C ... ad suam partem et propreta (tema) abendum vestitura comprehinsit et tenuit.» Dazu: 58 a. 844; 62 a. 847; 104 a. 873, 74 a. 856; Regesto di Farfa Bd. II No. 258 a. 824. Der Formalismus der Selbsteinwältigung ging natürlich nicht auf römischen Rechtsbrauch zurück wie Freundt (a. a. O. S. 159 f.) annimmt. Abgesehen davon, dass die Entwicklung des römischen Rechts deutlich der formlosen Besitzergreifung entgegentrieb (Jörs-Kunkel-Wenger: Römisches Recht 3. A. 1949 S. 115 f.) entsprachen die Förmlichkeiten der langobardischen Besitznahme — wie die cit. Beispiele zeigen — durchaus denjenigen der gemeingermanischen Realinvestitur. Umsomehr musste es für die Langobarden naheliegend gewesen sein, auf diesen Formalismus zurückzugreifen, als bei ihnen die reale Investitur selbst im 9. Jhd. noch nicht in Vergessenheit geraten war. (Vgl. Anm. 385. Vgl. auch Sohm: ZRG 1 S. 29 A. 36)

384) Vgl. Anm. 383

385) Regesto di Farfa Bd. II No. 206 a. 808 (?), No. 186 a. 808. Memorie e Documenti di Lucca Bd. IV, 2. Teil No. 2 a. 801. Bei den übrigen in Italien ansässigen Germanen hatte sich die zweiseitige Investitur länger erhalten. Fumagalli No. 54 a. 842. Beisp. f. gerichtl. Einweisungen: Anm. 376

ständlich war. Man empfand es offenbar als sicherer, sich vom Veräusserer einweisen zu lassen, als selbständig den Besitz zu ergreifen.

Deutlich spiegelt die schon mehrfach angezogene spoletinische Gerichtsurkunde von 798 den Schwebezustand, in dem der Lösungsprozess vom zweiseitigen Grundstücksakte sich damals befand. [386])

Die beklagten Mönche von Farfa bekennen darin, Güter des Klägers Godefrisus an sich genommen zu haben, fügen aber bei, dass sie ihnen durch den Kläger unter Errichtung einer Urkunde geschenkt worden seien. Die kennzeichnende Replik des Godefridus lautet: «verum est quod ipsam cartam de suprascripta re ego feci, sed vos per vos ipsas res prendere non debuistis». In der Folge wurde zwar die Klage abgewiesen, aber die Tatsache, dass die eigenmächtige Besitznahme durch die Erwerber den ausschliesslichen Klagegrund gebildet hatte, bleibt gleichwohl aufschlussreich. Angesichts des streng formalen Verfahrens des damaligen Prozesses ist es ja völlig ausgeschlossen, dass mit Argumenten gekämpft wurde, denen jedes Fundament fehlte.

Wenn deshalb die Selbsteinwältigungsbefugnis des Erwerbers angefochten wurde, dann kann sie noch keineswegs als feste und unbestrittene Regel im Rechtsbewusstsein verankert gewesen sein. Sie musste vielmehr noch einen sehr jungen Rechtsgebrauch dargestellt haben, wie schon aus den erwähnten Zeugnissen zweiseitiger Investituren aus derselben Zeit gefolgert wurde. Die dispositive traditio cartae dagegen soll nach Brunner's Lehre ein alteingebürgertes Institut gewesen sein, das spätestens seit Beginn des 7. Jhd. bei den Langobarden hätte heimisch sein müssen, nachdem bereits die Lex Ribuaria die investitura per cartam gekannt haben sollte. Indem sich die Selbsteinwältigungsbefugnis unzweifelhaft als j ü n g e r e Rechtsübung zu erkennen gegeben hat, kann sie somit auf keinen Fall mit der (alten) dispositiven traditio cartae Brunner's in Zusammenhang stehen, welche von Anfang an eine Selbsteinwältigungskompetenz des Erwerbers bedingt hätte. [387])

[386]) Vgl. hierüber Brunner: RG d. Urk. S. 137. Freundt: a. a. O. 167 ff.

[387]) Brunner: a. a. O. sieht in dieser Urkunde die offene Bestätigung seiner Lehre. Er stützt sich dabei auf die Duplik der Mönche «Quando ipsam cartam tu fecisti et in monasterio eam optulisti, sic ipsas res tradidisti.» Bereits Freundt (S. 169) hat indessen festgehalten, dass damit nicht auf eine Sachtradition durch Urkunden-Begebung angespielt wurde, sondern auf die vom Kläger bestrittene Befugnis der Mönche zur Selbsteinwältigung; die Duplik bezog sich auf das Klagefundament, auf die klägerische Behauptung «vos per vos ipsas res prendere non debuistis.» Diese Auslegung wird dadurch bestätigt, dass sich bei einem alteingesessenen

Aus diesen Ausführungen ergibt sich gleichzeitig, dass die Befreiung des Veräusserungsgeschäftes vom zweiseitigen Grundstücksakte bei den Germanen südlich und nördlich der Alpen nur mit geringer zeitlicher Verschiebung vor sich gegangen ist. Bei den Langobarden ist es um die Wende des 8./9. Jhd. zum Durchbruche des Lösungsprozesses gekommen, nördlich der Alpen kurz nach 818/19. Bemerkenswert sind die verschiedenen Wege, die dabei eingeschlagen worden sind. Während man nördlich der Alpen an die bestehenden Rechtseinrichtungen anknüpfte und eine rein germanische Lösung fand, verhinderte der starke Einfluss des römischen Rechts — mit dem die Langobarden in ständigem Kontakt standen — die Kontinuität der langobardischen Rechtsentwicklung. Die Langobarden vermochten sich nicht zu einer eigenständigen Lösung durchzuringen und hielten sich an das in Norditalien alteingelebte römische Vorbild. Die Befreiung des Veräusserungsgeschäftes von der 2-seitigen Realinvestitur erfolgte deshalb nicht über die symbolische Investitur, sondern über die römischrechtliche Einräumung der Selbsteinwältigungsbefugnis.

Das Charakteristische der Uebergangszeit im langobardischen Befreiungsprozess liegt darin, dass man nicht zwischen realer und symbolischer Investitur hin und her schwankte, wie im Norden, sondern zwischen realer Investitur und Einräumung der Selbsteinwältigungsbefugnis. In besonderer Weise wurde dadurch auch der Vergeistigungsprozess des Rechtsdenkens gefördert. Die ursprünglichen, sinnfälligen germanischen Rechtsvorstellungen, denen eine symbolische Investitur weit besser entsprochen hätte als die Einräumung der Selbsteinwältigungsbefugnis, schliffen sich infolge der Berührung mit dem fortschrittlicheren römischen Rechte dermassen ab, dass schliesslich eine abstrakte Erfassung des dinglichen Rechts ohne Umweg über einen vergeistigten Besitzesbegriff möglich war, und die Gewere sich nicht — wie nördlich der Alpen — zum Kleid des dinglichen Rechtes weiterzuentwickeln vermochte.

b) Die Eingliederung Italiens in den fränkischen Reichsverband war indessen nicht ohne Folgen für das langobardische Recht gewesen. Die Gerichtspraxis der fränkischen Grafen sowie das Festhalten der zahlreichen Ansiedler nördlicher Stämme an ihrem einheimischen Rechte machte die symbolische Investitur auch in Norditalien bekannt. [388]) Damit war eine Angleichung der verschiedenartigen Konzeptionen in die Wege geleitet. Zusehends vergeistigte sich einerseits der Gewerebegriff der Ansiedler, der anderseits auch von den Langobarden

---

Institut, wie es zu jener Zeit die traditio per cartam gewesen sein soll, ein Klagegrund, wie er in unserem Falle vorliegt, nicht begreifen lässt.

[388]) Vgl. Gál: Prozessbeilegung S. 14

gelegentlich gebraucht wurde. Von hier aus hat man die Urkunde bei Brunner [389]) aus dem Jahre 898 zu verstehen, worin ein (scheinbar langobardischer) Verkäufer erklärt, «Casis et rebus ... tibi vindo, trado, mancipo et per presentem cartolam presentaliter corporaliter traditionem et vistituram facere videor ad possidendum». — Er verwendete die fränkische Terminologie, nicht aber den fränkischen Formalismus.

Angesichts der Tatsache, dass sowohl das langobardische wie auch das ausserlangobardische Veräusserungsgeschäft dem Erwerber die Selbsteinwältigungsbefugnis vermittelte, würde es keineswegs erstaunen, wenn die schon früh einsetzende langobardische Jurisprudenz [390]) bereits im Veräusserungsvertrag einen dispositiven Akt erblickt hätte. Ein Indiz für eine derartige Entwicklung gibt das dem 11. Jhd. angehörige Cartularium Langobardicum, worin für den Kanzleigebrauch der Veräusserungsformalismus beschrieben und erklärt wird.

Im Vordergrund steht jene berühmte Stelle, nach welcher der Veräusserer anzuweisen sei, dem Schreiber und dem Erwerber die Urkunde zu übergeben und zwar «huic ad scribendum et illic ad proprium». Je nachdem, ob der Veräusserer Langobarde gewesen war oder nicht, sollten mit der Urkunde Symbole — wie sie bei der symbolischen Investitur gebräuchlich waren — übergeben werden. Typisch ist, dass das Cartular — im Gegensatz zum überkommenen Urkundenformular — Urkundenbegebung und symbolische Investitur nicht auseinanderhält. Die Symbolbegebung wird bloss als zusätzliches Formerfordernis aufgefasst; ihres ursprünglichen Sinngehaltes ist man sich nicht mehr bewusst. Der juristischen Betrachtungsweise der Redaktoren des Cartulars entspricht es deshalb durchaus, dass das Schwergewicht auf die Gemeinsamkeit aller Veräusserungsformen, auf die Urkundenbegebung — die man offenbar als eigentumsübertragenden Akt betrachtete — gelegt wird.

Allerdings ist es seit den Ausführungen Heuberger's [391]) zu diesem Passus keineswegs als sicher zu bezeichnen, ob das «tradere ad proprium» sich wirklich auf den Geschäftsgegenstand bezogen hatte. Heuberger hat jedenfalls wahrscheinlich gemacht, dass diese Wendung bloss die Aushändigung der Urkunde zum Inhalte haben konnte. Im Gegensatz zum Notar wäre sie demnach dem Erwerber deswegen gegeben worden, dass er sie für sich behalten möge.

[389]) Forschungen S. 614 Cod. dipl. Langob. I col. 622 No. 375 a. 898

[390]) Vgl. hierüber Freundt: a. a. O. S. 193 ff.

[391]) «Cartam tradidi» in Festschrift Redlich S. 93 ff. Dagegen: Schiaparelli Arch. stor. ital. 1933 S. 52 ff.

Für unsern Zusammenhang sind indessen diese spätern Rechtszustände belanglos; sie liegen ausserhalb des entscheidenden Zeitabschnittes, ausserhalb der fränkischen Epoche: ein Rückschluss auf die 300 und mehr Jahre zurückliegenden Verhältnisse lässt sich aus ihnen nicht ziehen. Für jene Zeit kann aber festgehalten werden, dass die angeblich so bedeutsamen langobardischen Zustände gar nicht auf die Existenz einer dispositiven traditio cartae, sondern auf die römischrechtliche Einräumung einer Selbsteinwältigungsbefugnis zurückgehen. Aufs beste haben sich in diesem Rahmen die Belege, welche Brunner für seine eigene Meinung anführt, [392]) einordnen lassen. (Auf die prozessuale Verwendung der Urkunde [393]) — auf welche Brunner noch hinweist — wird in § 16 zurückzukommen sein.)

§ 14. Die Altarhandlung.

1. Der Rechtsgehalt.

Die traditio cartae super altarem hatte sich nicht auf das alamanische und bayrische Gebiet beschränkt. Als kirchliche Einrichtung war sie bei allen germanischen Stämmen — soweit die Kirche Fuss zu fassen vermochte — zur Anwendung gelangt. [394]) Auch dort konnte ihr aber, wie im süddeutschen Rechte, keine rechtsgeschäftliche Bedeutung zugekommen sein. Jedenfalls wäre nicht einzusehen, weshalb das alamannische und bayrische Recht eine Ausnahme gemacht hätten, sofern im übrigen germanischen Rechtsgebiet die Urkundenniederlegung auf den Altar dispositive Bedeutung gehabt haben würde.

Schiaparelli [395]) hat für das spätrömische und langobardische Recht aufgezeigt, dass in der Stärkung und Bekräftigung eines Geschäftes die Funktion des Altaraktes zu erblicken ist. Stets begleitete ein Bekräftigungsgelöbnis die Niederlegung der Urkunde auf den Altar oder — was in Italien auch häufig vorkommt — auf das Evangelium. Oftmals fehlte die gesamte Altarhandlung, was ihre Bedeutungslosigkeit für das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes illustriert.

Es besteht nicht der geringste Anlass, dem Altarakt im germanischen Gebiete eine andere Funktion zuzuschreiben, als er sie in Italien besessen hatte. Jedenfalls müsste seine Wandlung von einem Stärkungs- zu einem Verfügungsvorgange aus-

[392]) Die cit. Spoletiner Urk. von 798 und die Urk. von 898 in den «Forschungen» S. 614

[393]) Freundt: a. a. O. S. 173 ff.

[394]) Brunner: a. a. O. S. 155, 265 f. Redlich: a. a. O. S. 48; oben Anm. 361

[395]) Arch. stor. italiano Serie VII, Vol. 19 (1933) S. 40 ff.

serhalb des kirchlichen Rechts vor sich gegangen sein, nachdem er doch als kirchliches Institut bei den nördlichen Stämmen Eingang gefunden hatte. Allein, die Volksrechte anerkennen offensichtlich die Altarlegung in derselben Gestalt, in der sie die Kirche anzuwenden gewohnt war. Es bestand auch umsoweniger Anlass, ihr andere als stärkende Funktionen zu geben, als sie ja gar nicht im Mittelpunkt der Rezeption gestanden hatte: Das wesentlichste Anliegen, das die Kirche durchzusetzen bemüht war, bildete das Obligatorium der Urkundenerrichtung für Geschäfte zwischen Laien und der Kirche. [396]) Entsprechend reden die Volksrechte nur von der Sicherungsaufgabe der Urkunde. Das «per cartam firmare» war die entscheidende Neuerung, und die Altarhandlung folgte mehr im Schlepptau der Urkunde nach; denn hatte man sich einmal zur Errichtung einer Urkunde entschieden, war der anschliessende Altarakt bei kirchlichen Geschäften eine Selbstverständlichkeit.

Es ergibt sich aber in noch unmittelbarerer Weise, dass der Altarhandlung auch ausserhalb Alamanniens und Bayerns im germanischen Gebiete keine dispositive Bedeutung zugekommen war. Denn als Verfügungsakt hätte sie sich zu einer symbolischen Investitur wandeln müssen; von einer symbolischen Investitur aber ist bei der Niederlegung der Urkunde nie die Rede.

Darüber hinaus lässt sich nicht nur zeigen, dass der Altarakt die reale Investitur nicht zu ersetzen vermochte, [397]) sondern dass er — und dies ist die unmittelbarste Widerlegung seiner dispositiven Ausdeutung — zur symbolischen Investitur offen in Gegensatz gestellt wird.

[396]) Redlich a. a. O. S. 53

[397]) Bitterauf 556 a, b, c a. 828:

a) «Ego ... A. veniebam ad cellam s. Marie in loco ... S ... et in sua presentia (des Bischofs v. Freising) quicquid proprie hereditatis ... habui in loco ... O ...firmiter tradidi in capsa s. Marie, ut ab hodierno die in vestitura et potestate ... permansisset domui s. M. ad Frigisingas.»

b) «Sequentibus vero tribus diebus ego A. et coniux mea C ... venimus ad Frigisingas et supradictam rem meam in loco O. supradictis verbis confirmantibus cum omni integritate tradidi in altarem sancte Marie ... »

c) «Sequenti vero dominico die ... Hitto episcopus misit advocatum suum R., ut legaliter vestituram acciperet ipsus rei. Et ipse R. cum turma ... nobilium virorum advenit et illum supradictus A. legaliter per postem et superliminarem domus de suo iure et potestate in iurem et potestatem s. Marie ad F. vestivit»

Cartulaire de l'Abbaye de Molesme Bd. 2 (1911, Paris) No. 219 ca. 1100 (S. 203):

»... Hugo... sicut frater donum dederat, per martyrologium libentissime donavit et, pro investitura doni, servos qui presentes aderant, fratri Girberto priori per manus reddidit. Postmodum vero donum quod frater suus R. fecerat et ipse in capitulo generaliter confirmaverat, super altare Beate Marie multum devote obtulit.» [398])

2. Die Gabe an den Heiligen.

Die Betonung des identischen Rechtsgehaltes der Altarhandlung im germanischen und italienischen Gebiete hat ihren Grund im gegenteiligen Schein der germanischen Quellen. Der Altarakt nimmt in ihnen meist das Gesicht eines Veräusserungsvertrages an, einer Gabe an den Heiligen. Da die Altarhandlung aber nach wie vor dem eigentlichen Rechtsgeschäfte nachfolgte und — wie gezeigt — nicht eine symbolische Investitur darstellte, konnte sie nur die Wiederholung der Sala bedeutet haben. Dies findet sich in den Urkunden denn auch klar ausgesprochen.

Bitterauf No. 7 a. 754:

«Ego T. omnia quicquid ad eadem pertinebat locum per manus J. episcopi tradidi coram omni populo qui ibidem fuerunt ad domum sanctae Marie»

Es folgen die Namen der Zeugen und der Vermerk, dass sie an den Ohren gezupft worden seien oder die Urkunde mit ihren Händen berührt hätten. Der Nachsatz lautet entsprechend der Vorschrift der Lex Bai. I, 1:

«Acta haec epistola accepit eam ipse T. propriis manibus coram testibus seu ceteris adstantibus atque haec consentientibus involuto palleo ipsam epistolam super altare posita tradidit in manus supradicti... J. episcopi ad regendum atque dominandum seu et salvandum»

[398]) Vgl. dazu die von Merk (a. a. O. S. 140) angeführte Urkunde des Klosters St. Georgen im Schwarzwald v. 1094. (MGH. SS. XV 2 S. 1005 ff.) An Stelle der symbolischen wird dort sogar noch die reale Investitur vorgenommen.

Bitterauf No. 30 a. 769:

«Post haec peracta traditione pariter manu commune cum filio meo iterando firmavi super ipsum altarem in eadem verba ut superius»

Bitterauf No. 347 a. 815:

a) «F. tradidit in capsam et in manus Hittoni suam alodem ...»

b) «Postea venit ad Frigisingas, ubi omnes presbiteri congregati fuerunt ... et priscam traditionem renovavit in altarem sanctae Mariae.»

Bitterauf No. 538 a. 826:

a) «ego trado proprietatis mee H. episcopo unum hluzzum ... Et statim in ipso loco vestivit Hittonem»

b) «Ego ... cum filiis meis ... veni ad Frigisingas ... et convenit nos communis manibus hanc traditionem renovare. Eo modo communis manibus ipsam traditionem renovavimus et confirmavimus in altarem s. M.»

Cart. de Redon No. 188 a. 838/48:

«Facta est ista donatione prima vice in plebe ... et in alia vice firmatum est quando R ... promisit regulam sancti B ... tradens supradictam terram super altare Sancti Sal. ex manu propria.»

Cartulaire de l'Abbaye de la Trinité de Vendôme Bd. I 108 a. 1056:

«... H. dedit ... alodia sua ... Donationes huius testes fuerunt ... Facta est hec donatio primo in capitulo .. Deinde statim portavit donum super altare coram suprascriptis testibus.»

Cartulaire de l'Abbaye de la Trinité de Vendôme Bd. II 529 a. 1151:

«Hoc donum fecit A. in capitulo Sancte Trinitatis, in manu ... abbatis, cum quodam cultello, B. fratre suo ibi astante et concedente et cum ipso donum faciente ... Postea ut hoc donum firmius teneretur nec ulterius ab aliquo quassaretur, ipse A. et B. frater ejus donacionem suam, cum supra-

dicto cultello super altare dominicum posuerunt.» [399])

Es ergibt sich somit, dass der Altarakt im germanischen Gebiete nicht auf eine Eidesleistung sich beschränkte wie in Italien sondern noch eine iteratio in sich aufnahm. Dies bedeutet indessen lediglich eine Wandlung der Stärkungsform, keineswegs eine Wandlung des Rechtsgehaltes des Altaraktes. Eine andere Ordnung wäre auch schwer verständlich angesichts der Tatsache, dass es sich um ein kirchliches Institut handelt, d. h. um das Institut einer Organisation, die immer und überall nach ihrer eigenen Rechtsordnung zu leben bestrebt war.

Der Ausbau der Altarhandlung zu einer iteratio lässt sich im übrigen leicht aus der germanischen Denkweise heraus verstehen. Die frommen Schenkungen, die ja alle einem Heiligen der Kirche zugedacht waren, wurden gegenüber dem Vorsteher dieser Kirche getätigt, der an Stelle des Heiligen den Veräusserungsvertrag abschloss und die Gabe in Empfang nahm. Diese Geschäfte waren zwar vollgültig, doch musste die fehlende Unmittelbarkeit — ein Haupterfordernis für jedes rechtsgeschäftliche Handeln — gleichwohl als Lücke empfunden worden sein. Die Zwischenschaltung eines Stellvertreters war bloss ein Ersatz, dem — wie jedem Ersatz — der Geruch des Mangelhaften anhing. Stets trat ja bei Stellvertretungsgeschäften wenn irgend möglich der Vertretene nachträglich noch selber dem Gegenkontrahenten gegenüber und bestätigte und erneuerte zugleich das Geschäft, das vordem sein Vertreter getätigt hatte. [400]) Nachdem die Germanen die lebendige Vorstellung besassen, der Heilige wohne wirklich in der Kirche, musste sich mit der Altarhandlung auch die Idee einer unmittelbaren Kontaktnahme zwischen Veräusserer und Heiligen verbunden haben. Es lag deshalb nahe und entsprach der Denkweise der Germanen aufs beste, im Altarakt eine Wiederholung des zuvor mit dem Priester geschlossenen Veräusserungsgeschäfts gegenüber dem eigentlichen Adressaten, dem Heiligen, zu erblikken. [401])

[399]) Vgl. auch Cart. d. l'Abbaye de Vendôme I 279 a. 1079; 299 a. 1080; Angers I Nr. 121 a. 1121/7; Angers II Nr. 424 a. 1108. Bitterauf 30 a. 796, Cart. d. Lausanne 203 a. 1238.

[400]) Bitterauf: 400 a, b, c a. 819; Cart de Conques 470 a. 1101.

[401]) Zur Illustrierung der bekannten Tatsache, dass der Heilige als Adressat und Eigentümer bei frommen Schenkungen betrachtet wurde, sei noch auf ein besonders instruktives Beispiel hingewiesen. Cart. de Gorze 139 a. 1093: Der unterlegene Beklagte wurde ermahnt «ut sancto (Dagobert, dem die Kirche der klagenden Mönche geweiht war) et nobis exinde faceret quod facere jure deberet et ipsam invasionem coram Deo et sanctis emendans, deinceps ab ipsa ecclesia cum omnibus sibi subjectis

3. Vestitur und Währschaft.

Eine völlig isolierte Auffassung über Bedeutung und Funktion des Altaraktes vertritt Herbert Meyer. [402]) Er geht von der Annahme aus, dass alle germanischen Rechtsgeschäfte in besonderem Verfahren dem Schutze der Götter anheim gestellt worden sind und damit erst volksrechtliche Geltung erhalten haben. Erst nach der firmatio — als was er diesen Zauberakt bezeichnet — sei ein Rechtsgeschäft für die Allgemeinheit verbindlich gewesen und des volksgerichtlichen Schutzes teilhaftig geworden. Die firmatio habe eine feierliche Eidesleistung umfasst und sei an einer Kultstätte — unter Berührung der Waffe, des Ahnenpfahls oder des Gerichtswahrzeichens — vorgenommen worden.

Soweit Meyer erklärt, dass alle Rechtsgeschäfte religiös fundiert gewesen waren und dass insbesondere ein feierliches Gelöbnis unter Anrufung der Götter ihren Abschluss gebildet hatte, ist ihm zweifellos zuzustimmen. [403]) Soweit er aber den Eidesakt losgelöst vom Rechtsgeschäft betrachtet und zu ihm in Gegensatz stellt, kann ihm nicht gefolgt werden. Der einzige Anhaltspunkt für eine solche Ansicht bietet der Altarakt, auf den sich aber Meyer nicht einmal expressis verbis, sondern — wenn auch eindeutig — nur indirekt beruft. [404]) Die Herkunft der Altarhandlung schliesst indessen ihre Zitierung als Beleg für die firmatio im Sinne Meyer's aus. In Italien besass sie nicht die geringste Bedeutung für die rechtliche Relevanz eines Geschäftes; eine entsprechende Wandlung bei den germanischen Stämmen hätte somit die Existenz eines eigenständigen germanischen Firmationsaktes, mit dem sich der Altarakt verschmolzen haben würde, zur Voraussetzung gehabt. Ein derartiger Firmationsakt wird zwar von Herbert Meyer behauptet, doch fehlt davon jede quellenmässige Spur. Ausserdem findet sich die Altarhandlung bei weltlichen Geschäften nicht, sodass auch die Hypothese einer Substituierung der weltlichen durch die kirchliche firmatio dahinfallen würde.

Meyer versucht gleichzeitig den bei Merk im Vordergrund stehenden Währschaftsgedanken der Altarhandlung zu leugnen.

perpetualiter abstineret. Et ipse iure obniti non valens, ad opus Dei et sancti Dagoberti sibique deservientium monachorum ipsam ecclesiam nobis integre ... reddidit et werpivit, et nobis ipsius ecclesie donum sancto Dagoberto super altare restituentibus, ipse spontaneus interfuit et laudavit.»

[402]) Herbert Meyer: Das Handgemal (Schriften d. Ak. f. dtsch. R. Gruppe V Bd. I, Heft 1. 1934) S. 86 und 95 f.

[403]) Vgl. dazu Heusler Inst. I 70 f.

[404]) a. a. O. S. 86 sowie S. 96, wo er auf die entsprechenden Beispiele bei Merk verweist.

Dass der Altarakt nicht nur in Italien sondern auch bei den Germanen ausschliesslich Währschaftszwecken gedient hatte, dürften die bisherigen Ausführungen gezeigt haben. [405]) Dem Gegenbeweis, den Meyer zu führen versucht, fehlt jedes Fundament. Unter Bezugnahme auf Gillis [406]) setzt er Vestitur mit Währschaft gleich, fasst darüber hinaus die Sala als Währschaftsversprechen auf und findet deshalb keinen Platz mehr für ein gesondertes Währschaftsgelöbnis. [407])

Von einer Identifizierung von Vestitur und Währschaft kann aber keine Rede sein. Dass — wie Gillis formuliert [408]) — die Besitzübertragung (Vestitur) als Besitzessicherung konzipiert worden sei, ist schon aus inneren Gründen unhaltbar. Die Gewere ist das Ergebnis der Vestitur und wächst aus ihr heraus. Nirgends in der gesamten Rechtsgeschichte wird aber ein Erzeugungsakt als Sicherung des ihm entspringenden Resultates aufgefasst. Abgesehen davon widerspricht die Konzeption der Investitur als firmatio von Grund auf den damaligen Denkgewohnheiten und entbehrt zudem jeder natürlichen Logik. Firmationes sind Sicherungsakte, die entweder die Erfüllung einer Verpflichtung oder die Unversehrtheit eines Rechtsbestandes garantieren, m. a. W. die entweder den Vollzug oder den Bestand eines Rechtsverhältnisses gewährleisten. Indem sie somit stets zu einem Rechtsverhältnis hinzutreten, ist eine Identifizierung der firmatio mit dem dieses Rechtsverhältnis begründenden Rechtsgeschäft ausgeschlossen. Für unsern Zusammenhang heisst dies, dass die Investitur — die ja als dinglicher Verfügungsakt Rechtsgeschäft war — nicht die firmatio der aus ihr hervorgehenden Gewere dargestellt haben konnte. Ebensowenig ist natürlich der Veräusserungsvertrag, die Sala, als firmatio der nachfolgenden Investitur aufgefasst worden (wie Meyer in Abweichung von Gillis anzunehmen scheint). Sie findet sich dementsprechend auch nirgends als firmatio charakterisiert.

---

[405]) Allerdings ist die unmittelbare Bedeutung des Altaraktes eine andere gewesen als Merk angenommen hat, der ihn als Form des Währschaftsgelöbnisses und der zu dessen Verstärkung abgegebenen Bussabrede auffasst. (a. a. O. S. 158 und 167)

[406]) Fritz Gillis: Gewährschaftszug und Laudatio auctoris. (Gierke's Untersuchungen Heft 118, 1913) S. 4 ff.

[407]) Diesen Gedankengang scheint er zu verfolgen, wenn er ausführt (S. 96): «Schon der Nachweis von Fritz Gillis, dass vestitura und Währschaft identisch sind, dass die mit ihr verbundene «sala» firmatio insofern ist, als sie den Besitzerwerb sichert und gewährleistet, hätte ihn (Merk) verhindern sollen, das rechtlich Zusammengehörige wieder auseinanderzureissen.»

[408]) Gillis: a. a. O. S. 4 ff. und 8 f.

Dagegen wird gelegentlich — wie schon mehrfach festgehalten worden ist [409] — die Bezeichnung firmatio für die Investitur verwendet. Allein, dies war natürlich nur unter Bezugnahme auf die vorausgehende Sala möglich. Die Investitur war eine der Sala entspringende Rechtspflicht, sodass ihre Erfüllung gleichzeitig eine Bestätigung der Sala bedeutete. Man konnte sie deshalb sehr wohl als Stärkung der Sala, als firmatio, auffassen. Mit dieser Betrachtung der Investitur als Nachakt steht denn auch ihre gelegentliche Bezeichnung als «perficere» in Uebereinstimmung. [410]) Jeder Logik widerspricht es hingegen, sie — im Hinblick auf das durch sie hergestellte Besitzverhältnis — firmatio zu nennen.

Zu seiner Meinung wird Gillis auf Grund des scheinbaren ethymologischen Zusammenhanges von Gewere und Gewährschaft geführt. [411]) Bekanntlich kann aber hierüber mit hinlänglicher Sicherheit nichts ausgesagt werden [412]). Selbst wenn man indessen «Gewährschaft» i. S. von Gillis auf «Gewere» zurückführen wollte, drängen sich hieraus keineswegs die von ihm vertretenen Schlussfolgerungen auf. In weit natürlicherer Weise lässt sich ein etwaiger Entwicklungszusammenhang auf den Umstand zurückführen, dass im Liegenschaftsprozess die Gewere Prozessgegenstand war, und dass demgemäss der Auktor zum Schutze der Gewere des Beklagten auftrat. Zwangslos können von hier aus die Bezeichnungen Gewährsmann und Gewährschaft mit Gewere in Beziehung gebracht werden, musste man doch im Auktor primär einen «Besitzes- oder Gewere sicherer» (einen Gewährsmann) erblickt haben, dessen Handeln nur als «Besitzes- oder Gewereschutz», d. h. als Gewährschaft aufgefasst worden sein konnte.

Eine Bestätigung hiezu bildete die Tatsache, dass nur der Auktor, nicht aber der Zeuge Gewähre genannt wird. Der Zeuge sprach sich ja im Prozess einzig über den redlichen Erwerb des Beklagten aus, der Auktor aber hatte darüberhinaus auch noch dessen Besitz zu verteidigen.

§ 15. firmatio und firmare.

1. Die Vieldeutigkeit.

Um Missverständnissen vorzubeugen muss in Kürze auf die Vieldeutigkeit des Ausdrucks firmatio (firmare) hingewiesen

[409]) Merkel: a. a. O. S. 152 ff. Haiss: a. a. O. S. 85. Gillis: a. a. O. S. 6 und Anm. 3. Vgl. Bitterauf 528 a. 826 «Et fideiussores eis fuerunt A., H., L. eam traditionem firmare.»

[410]) Trad. Corbeienses No. 357; Bitterauf: 142 a. 791, 520 a. 825, 626 a a. 837

[411]) a. a. O. S. 11 ff.

[412]) Deutsches Rechtswörterbuch Bd. IV S. 635 zu Gewähr-Gewere.

werden. Man fasst ihn gerne als Rechtsbegriff auf und scheint gelegentlich darüber hinaus ein eigentliches Rechtsinstitut der «firmatio» anzunehmen. [413]) Bereits ein flüchtiger Blick in die Urkunden zeigt aber, dass firmatio ein Ausdruck von allgemeinster Bedeutung ist und zur Bezeichnung der verschiedensten Rechtsakte verwendet wird, deren einzige Gemeinsamkeit ihr Zweck bildet: die Stärkung, Festigung oder wie auch gesagt wird: Stätigung [414]) von Rechtsgeschäften.

Dass von einem Rechtsinstitut der firmatio keine Rede ist, dürfte sich allein schon aus den bisherigen Ausführungen ergeben haben, ist doch firmatio als Bezeichnung zweier völlig verschiedener Geschäfte angetroffen worden. Einerseits verstand man darunter die Beweissicherung durch Urkunden oder Zeugen, anderseits die iteratio, die Wiederholung des Veräusserungsgeschäftes gegenüber dem Heiligen. Alle diese Handlungen dienten der Stätigung und Sicherung des Rechtsgeschäftes und standen untereinander in keinem rechtlichen — höchstens in einem tatsächlichen — Zusammenhang.

Die iteratio kam übrigens nicht nur bei der Gabe an die Heiligen zur Anwendung, sondern bei den verschiedensten Anlässen. Zu einer Wiederholung konnte insbesondere das Bedürfnis nach Publizierung des Geschäftes und nach Erweiterung des Zeugenkreises geführt haben, wie überhaupt ganz allgemein in den iterationes das Bestreben zum Ausdruck kommt, einer Verdunkelung von Ansprüchen entgegenzuwirken. [415]) Iterationes treten deshalb vielfach im Anschluss an solche Liegenschaftsgeschäfte auf, bei welchen der Erwerber entweder noch nicht real investiert worden war, oder bei denen er das Gut nach der Investitur sofort wieder dem Veräusserer zurückverliehen hatte. Wie schon von Heusler festgehalten worden ist, [416]) wurden auch bei der nachträglichen Errichtung von Urkunden iterationes vorgenommen. Ebenfalls von Heusler ist darauf hingewiesen worden, dass in vielen Fällen die Unvererblichkeit der Investiturschuld zur iteratio geführt hatte, um den moralischen Druck auf die Erben zu verstärken. [417]) Stets mit einer iteratio ist auch

---

[413]) Merk (a. a. O. S. 158) versteht unter «firmatio» eine Währschaftssicherung; Herbert Meyer (a. a. O. S. 86) betrachtet sie als Zauberakt, der den Rechtsgeschäften die Allgemeinverbindlichkeit vermittelt, indes sie Gillis mit der Investitur identifiziert (a. a. O. S. 4 ff. ausdrücklich S. 9 in Anmerkung). Ausdrücklich fasst sie ebenfalls Merkel (a. a. O. S. 118), der sie als «solenne Vertragsverlautbarung» charakterisiert, als Rechtsinstitut auf

[414]) Vgl. auch Haiss: a. a. O. S. 86

[415]) Brunner: RG d. Urk. S. 266 ff.

[416]) Heusler: Gewere S. 473 Anm. 1

[417]) Heusler: a. a. O. S. 476

die Investitur verbunden gewesen; [418]) Es lag in der Natur der Sache, dass bei der realen Einweisung dieselben Erklärungen verwendet wurden, die man bereits bei der Sala gebraucht hatte. [419]) Die reale Investitur schloss deshalb automatisch eine Wiederholung der Sala in sich ein. Bei ihrer gelegentlichen Bezeichnung als firmatio hatte somit — neben der bereits erwähnten Vorstellung, dass die Investitur als Erfüllung des Veräusserungsvertrages die Sala bestätigte und sicherte — auch der Gedanke an die mit ihr verbundene Wiederholung der Sala mitgespielt. [420]) Primäre Ursache bei kirchlichen Iterationes bildete anderseits die Gabe an den Heiligen, die so sehr zum kirchlichen Schenkungsakt gehörte, dass nicht selten auch sie als «perficere» bezeichnet wurde. [421])

Eine iteratio eigener Art wurde ursprünglich — wie das bayrische Recht erkennen lässt — im Zusammenhange mit der Gewährschaftsleitung vorgenommen. [422]) Bekanntlich hat dem germanischen Sachenrechtsprozess die Diebstahlsklage zugrunde gelegen, was den Nachweis des redlichen Sacherwerbes in seinen Mittelpunkt treten liess. Dieser Nachweis musste mittelst des Veräusserers geleistet werden und zwar in handgreiflichster Form: Die blosse Erklärung des Veräusserers, Auktor des Beklagten zu sein, genügte nicht; er hatte darüber hinaus noch die Veräusserung zu w i d e r h o l e n. Auch diese iteratio war demgemäss eine Bekräftigung des vormals abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Die ihr zumeist nachfolgende prozessuale Verteidigung durch den Veräusserer wurde ebenfalls firmatio genannt, doch bildete ihr unmittelbarer Gegenstand nicht mehr das Rechts g e s c h ä f t, sondern das aus ihm entsprungene Rechts v e r h ä l t n i s, d. h. der Besitz oder die Gewere des Erwerbers. Diese prozessuale Verteidigung stellte den eigentlichen Inhalt der Gewährschaftspflicht dar und ist scharf von der Bestätigung des Veräusserungsgeschäftes zu scheiden. Denn nicht der redliche Erwerb des B e k l a g t e n stand in ihr zur Diskussion, sondern derjenige des A u k t o r s; nur durch Nachweis der Rechtmässigkeit seines eigenen ehemaligen Besitzes vermochte er die Gewere seines Nachfolgers zu gewährleisten.

[418]) Stobbe: a. a. O. S. 157; Bewer: Sala, Traditio, Investitura S. 180; a. A. Gierke: DPR II S. 270.

[419]) Die früher dargelegte Meinung, dass Sala und Investitur ursprünglich zwei örtlich getrennte Akte gewesen sind, wird durch diese Tatsache natürlich nicht berührt

[420]) Haiss: a. a. O. S. 72. Vgl. hiezu Bitterauf 501 b a. 824: «Postea vero misit H. missos suos . . . ut vestituram ipsius rei accepissent; et ipsi in ipsum locum cum nobilibus multis pervenerunt et vestituram acceperunt seu renovationem traditionis.» Ebenso No. 520 a. 825; Redon: 115 a. 848.

[421]) Bitterauf: 260 b a. 807; 376 a. 817; 397 a. 819 u. a.

[422]) Merkel: a. a. O. S. 109 ff.

Aus diesem Grunde konnten die zum Veräusserungsgeschäft herangezogenen Zeugen den Beklagten bloss vor dem Diebstahlsverdachte befreien; Gewährschaft vermochten sie keine zu leisten. Ihre Aussage stellte eine unmittelbare firmatio des Veräusserungsgeschäftes — und nicht des Besitzes des Beklagten — dar.

Ebenfalls auf einen andern Gegenstand als auf das Rechtsgeschäft bezieht sich die manufirmatio, nämlich auf die Urkunde. Die manufirmatio besteht in der Berührung — später in der Signierung — des Pergamentes durch Aussteller und Zeugen. Ueber ihren Sinngehalt kann kein Zweifel bestehen: Der Firmierende gab damit zu erkennen, dass die Urkunde ordnungsgemäss errichtet worden sei, dass ihr Inhalt der Wahrheit entspreche, und dass er dies im Falle einer Anfechtung auch bestätigen wolle.

2. Das Festigungsgelöbnis.

a) Eine nähere Betrachtung verlangt noch eine Firmationsform, die auf Rechtsgeschäft und Urkunde Bezug nahm, indessen in sehr unbestimmter Weise in den Urkunden in Erscheinung tritt: Das Firmations- oder Festigungsgelöbnis. Dass den ursprünglichen Mittelpunkt der Altarhandlung eine feierliche Eidesleistung gebildet hatte, ist bereits gesagt worden. Dieser im spätrömischen Rechte eindeutig erkennbare Kern musste auch nördlich der Alpen im Vordergrund der Altarhandlung gestanden haben. Die Wandlung zur iteratio steht dem nicht entgegen. Denn da der Firmationsgedanke des Altaraktes im germanischen Gebiete alles andere als geschwächt wurde, würde es unverständlich bleiben, wenn hier sein ursprünglicher Inhalt, das Festigungsgelöbnis, untergegangen wäre. Diese naheliegende Vermutung wird durch verschiedene Anhaltspunkte bestätigt, die gleichzeitig die Existenz eines vom Altarakte unabhängigen, urgermanischen Festigungsgelöbnisses aufzeigen.

Nur selten tritt uns zwar in den Quellen des Früh- und Hochmittelalters das Festigungsgelöbnis unmittelbar und expressis verbis entgegen. [423]) Allein — die zahlreichen Belege

[423]) Loersch/Schröder 3. A. No. 58 (68): «Nihilominus et hoc inviolabiliter sancitum est ac sacramento firmatum est.» Bitterauf: 626 a. a. 837. Conques: 75 a. 1073/87: «Ut hoc donum sit firmum et stabile fidem fecit.» Urk. d. Klosters Allerheiligen (in «Quellen z. Schweizer Geschichte» a. F. Bd. III, 1. Abt.) No. 39 a. 1102: «H. cum B. fecerit quoddam concambium ... quod, ut foret stabile firmum ex utraque parte cum juramento fidelissime est confirmatum.» Ebenso: Conques 19 a. 1065/90; Cart. de Grenoble B XCL a. 1109; Mémoires et Documents Bd. X S. 206; sowie Urk. bei Merk: a. a. O. S. 155 a. 795

aus der Rechtsbücherzeit [424]) erlauben, seine Existenz auch für die vorausgehenden Rechtsepochen anzunehmen, ist doch nicht einzusehen, weshalb in der Frühzeit der Rechtsentwicklung das Bedürfnis nach einem Bekräftigungsgelöbnis geringer gewesen sein sollte als in Zeiten weitaus gefestigterer Rechtseinrichtungen. Die allgemeine Verbreitung des Firmationsgelübdes im Frühmittelalter lässt sich aber auch aus den Buss- und Verwünschungsformeln ersehen, in welchen sich der Veräusserer zum voraus Höllenstrafen und Geldbussen auferlegt, falls er die Veräusserung je einmal anfechten sollte. [425]) Ein solches Strafgedinge setzt das Gelöbnis voraus, die Veräusserung stets respektieren zu wollen. Da derartige Bekräftigungen und ihre Verbindung mit Fluchformeln das typische Kennzeichen ursprünglicher Rechtsordnungen sind, ist es unzutreffend, wenn die Buss- und Verwünschungsklauseln einzig im Zusammenhang mit der Urkunde betrachtet und auf eine römische Uebung zurückgeführt werden. [426]) Es lässt sich höchstens sagen, dass die — mit dem römischen Urkundenformular von den germanischen Schreibern übernommenen — fremdrechtlichen Strafformeln den urkundlichen Ausdruck des germanischen Strafgedinges dargestellt haben. Die absolute Formulierung, die sie im germanischen Gebiete aufweisen, stellt ihre germanische Wurzel jedenfalls ausser Frage. [427]) Denn nur im germanischen Rechte konnte sich zu jener Zeit dieses ursprünglichste Mittel der Sicherung privater Rechtsverhältnisse gegenüber Dritten noch erhalten haben. Nur dort fehlte jene Rechtssicherheit, welche es als überflüssig erscheinen lässt, privaten Abreden durch Fluchklauseln die allgemeine Anerkennung zu sichern.

Auf ein Festigungsgelöbnis weist schliesslich — wie schon früher angetönt — auch der Formalismus des exitus hin. Der Stabwurf bedeutet — wie Mayer-Edenhauser richtig bemerkte [428]) — gegenüber der Verlassung ein Mehr, das zum mindesten das Gelöbnis, die Veräusserung allezeit anerkennen zu wollen, umfasst haben musste. Bei prozessualen Verzichtsakten

[424]) Vgl. die Angaben bei Merk: a. a. O. S. 154 Anm. 1

[425]) z. B. Cart. de Lausanne No. 334 a. 885: «Illud quoque sub obligationis vinculo adnecti placuit ut si quis, quod absit, ego ipse aut qualiscumque persona, ullo unquam tempore contra hanc donationem aliquid agere voluerit, iram Dei incurrat et cum Juda traditore in suplicio eterno, et insuper hec donatio inviolabilem, Christo propitio, obtineat firmitatem cum stipulacione subnixa.» Auch Merk (a. a. O. S. 151, 158) bringt die Poenformel mit einem Festigungsgelöbnis in Zusammenhang.

[426]) So Merk: a. a. O. S. 151 ff, 158. — Mayer-Edenhauser: a. a. O. S. 89

[427]) Merk (S. 155 f.) spricht dagegen von einer Umwandlung der römischen Strafklauseln im germanischen Gebiete.

[428]) Mayer-Edenhauser: S. 85 f.

kommt dieser Sinngehalt gelegentlich mit aller Klarheit zum Ausdruck. [429])

b) Obschon somit unzweifelhafte Anhaltspunkte für den Bestand eines Festungsgelöbnisses vorliegen, wäre es angesichts seiner gewaltigen Bedeutung, die es in der Frühzeit gehabt haben musste, unverständlich, wenn man ihm in den Urkunden nicht unmittelbareren Ausdruck gegeben hätte. Diese Ueberlegung führt zurück zur bereits angetroffenen Formel «cum stipulatione subnixa». [430]) Wie damals ausgeführt wurde, ist sie keineswegs als inhaltlose Floskel aufzufassen, sondern als Ausdruck eines der Sala nachfolgenden Investiturgedinges. Indessen lassen sich daneben noch andere Bedeutungen des «stipulatione subnixa» feststellen, was darauf hinweist, dass es Ausdruck eines generellen Firmationsgelübdes war und deshalb im Einzelnen auf die verschiedensten Tatbestände bezogen werden konnte. [431]) Dem würde ganz die Stellung entsprechen, welche es innerhalb der Urkunde einnimmt. Stets tritt es in ihrem Schlussteile in Erscheinung, wobei es zumeist einer — der Buss- und Verwünschungsformel nachfolgenden — Bekräftigungsklausel angehängt wird.

Wartmann I No. 9 a. 744:

> «Si quis ... contra hanc donationem meam venire aut agere, vel qua ulla calomnia generara voluerit, in primis, si se emendare noluerit, iram Dei et poenas inferni experire pertmiscat et duplum tantum, quantum ipsa res meliorata valuerit, eis coactus exsolvat et in fisco auri libram I argenti libras II, et haec donatio mea firma permaneat stipulatione subnixa.» [432])

Keinen Zweifel über den Firmationsgehalt des durch das «stipulatione subnixa» angedeuteten Gelöbnisses lassen die nachfolgenden Urkunden offen:

---

[429]) Vgl. oben S. 91/92 Urk. d. Karolinger I No. 63 b; Bitterauf: 227 a. 806

[430]) Oben S. 55 f. bezüglich der Literatur zu dieser Formel vgl. Merk: a. a. O. S. 152 Anm. 2, dazu Schiaparelli: Archivio storico italiano, Serie VII Vol. 21, 1934, S. 3 ff.

[431]) Als Gewährschaftsgelöbnis wird das «stipulatione subnixa» von Zöpfl (Altertümer des dtsch. Reichs und Rechts II. 1860 S. 345 ff.) und als Bekräftigungsklausel ohne weitern Sinn von Löning (Vertragsbruch im dtsch. Recht, 1876, S. 17, A. 28) aufgefasst. Merk: a. a. O. S. 124 betrachtet sie als Form eines Strafgedinges

[432]) Weitere Beispiele, die sich beliebig vermehren lassen: Wartmnan I No. 5 a. 735; 6 a. 731/36; 7 a. 741 etc. Cart. de Gorze: No. 8 a. 762; Codex Laureshamensis II No. 214 a. 785, 229 a. 780, 232 a. 765 etc.

Dronke No. 8 a. 755:

«Stipulatione firmitatis subnixa.»

Pérard S. 7 a. 632:

«Et ut haec donatio nostra ... firma et stabilis debeat permanere, stipulatione subnixa firmamums.» [433])

Von hier aus hat man Brunner's Deutung zu betrachten, der das «stipulatione subnixa» als Ankündigung oder Konstatierung der manufirmatio bezeichnet. [434]) In manchen Fällen ist das unbestreitbar. [435]) Die Deutung des «stipulatione subnixa» als Form des Festigungsgelöbnisses steht damit aber nicht in Widerspruch, war doch die manufirmatio zweifellos von einer erläuternden Firmationserklärung begleitet. Bei dieser Sicht lassen sich auch alle jene Zeugnisse begreifen, in denen sich das «stipulatione subnixa» deutlich von der manufirmatio abhebt und mit ihr nicht ausschliesslich identifiziert werden kann, z. B. Redon No. 33 a. 847:

«manu mea propria subterfirmavi, et ad bonos homines adfirmare rogavi, cum stipulatione subnixa.»

Gorze No. 83 a. 895:

«manu propria illam roboravismus, et manibus fratrum nostrorum roborare fecimus cum stipulatione subnixa.»

[433]) Ebenso Pérard S. 5 a. 579; Mémoires et Documents 1ère Série t. XXVI S. 111 a. 959: «et insuper doncio ista firma stabilis permaneat cum stipulatione pro omni firmitate subnixa».

[434]) Brunner: RG d. Urk. S. 222; dagegen Freundt a. a. O. S. 214

[435]) z. B. Cartulaire de l'abbaye de Saint-Trond 1. Bd. (Bruxelles 1870) No. 3 a. 927/64: «... episcopus jussit fieri firmationem hujus noticie ut unusquisque, qui accepit a presente die, libere habeat, ac quidquid exinde pro eorum oportunitate proprie facere decreverint, firmamque in omnibus habeant totum. Et hec presens largitio, ut stabilis permaneat, idem presul manu propria subtus eam roboravit, manibusque fidelium suorum assignari contradidit.» Vgl. daneben: No. 4 a. 938: «Atque ut hec carta donationis ... firma et stabilis permaneat, stipulationem eam subnectimus». Cart. de Conques: 470 a. 1101: «Ut autem hujus negocii modis quos praediximus diffiniti memoria stabilis valeat permanere tam eorum qui audiere quam eorum qui dedere sentenciam nomina esse subnectenda decrevimus.» MGH Urk. der dtsch. Könige und Kaiser I, No. 55 a. 943: «manu nostra roboratum et tam anuli nostri inpressione quam fidelium nostrorum stipulatione subnixum.» Dazu: «Sed omni tempore firma permaneat presens cartula et stabilis cum testibus subnixa» (Wartmann I 299 a. 826, 310 a. 827, 331 a. 830, 342 a. 832) oder «Traditio firmitatis vigorem obtineat cum testibus firmata atque obnexa» (Wartmann I 343 a. 833)

Cart. de Beaulieu No. 10 a. 886/7:

> «praesens venditio nostris vel bonorum hominum manibus roborata ac stipulatione subnixa, omni tempore maneat inconvulsa.» [436])

Allerdings ist die manufirmatio als Stätigung der Urkunde bezeichnet worden, sodass auch das sie begleitende Gelöbnis sich auf die Urkunde hätte beziehen müssen. Streng genommen könnte somit das «stipulatione subnixa» — sofern man es mit der manufirmatio in Zusammenhang bringt — nicht als Ausdruck eines Gedinges gewertet werden, welches das Rechtsgeschäft festigte. Es steht indessen ausser Frage, dass zwei derart gleichartige und unmittelbar aufeinander nachfolgende Gelöbnisse nicht gesondert abgegeben worden waren sondern ein einheitliches Ganzes gebildet hatten. Beide bezweckten ja letzten Endes die Festigung des Rechtsgeschäftes, sodass weder eine rechtliche noch eine innere Notwendigkeit bestand, sie auseinander zu halten. [437]) Dem entspricht es denn genau, dass in den Schlussformeln die Bezeichnungen von Rechtsgeschäft und Urkunde stets synonym verwendet wurden. [438])

Die Formulierung Brunner's muss deshalb in doppelter Hinsicht erweitert werden. Einerseits bezieht sich das «cum stipulatione subnixa» nicht nur auf die Urkunde, sondern auch auf das Rechtsgeschäft, anderseits wird darunter nicht nur die manufirmatio verstanden, sondern auch ein Festigungsgelöbnis.

---

[436]) Vgl. auch Gorze No. 46 a. 822, 74 a. 880, 102 a. 946, 103 a. 946, No. 104 a. 947

[437]) Auch Merk (a. a. O. S. 151), der dem «stipulatione subnixa» einen etwas andern Inhalt gibt, bezieht diese Formel auf Urkunde und Rechtsgeschäft.

[438]) Wartmann I No. 72 a. 774: «Facta carta vel traditionem in vico ...» No. 27 a. 761: «sed hec presens epistola cum traditione omni tempore firma et stabilis debeat perdurare.» «Si quis ... contra hanc donationem meam venire aut agere vel qua ulla calomnia generara voluerit (Strafdrohung) et haec donatio mea firma permaneat stip. sub.» Wartm. I 7 a. 741, 18 a. 754, 19 a. 754, 20 a. 757, 172 a. 802), «Si quis ... contra hanc cartulam traditionis ... venire aut infrangere voluerit (Strafdrohung) sed presens epistola traditionis ... firma et stabilis permaneat cum stip. sub.» (Wartmann I 181 a. 805, 186 a. 805, 183 a. 805, 175 a. 803, 166 a. 802) «Si quis ... contra hanctradicionem venire temptaverit (Strafdrohung) sed presens hec cartula firma ... permaneat stip. subn.» (Wartm. I 162 a. 800, 5 a. 735, 6 a. 731/36, 12 a. 745) «Si quis ... contra hanc cartam venire temtaverit ... nihil evindicet, sed hec presens tradicio firma et stabilis permaneat cum stip. subn». (Wart. I 179 a. 804, 14 a. 751, No. 15 a. 752, 198 a. 808)

In neuerer Zeit neigt man dazu, das «stipulatione subnixa» als Ausdruck eines Strafgedinges aufzufassen.[439]) Eine solche Bedeutung kam ihm nicht zu. Es ergibt sich dies einerseits aus der Tatsache, dass ihm stets ein selbständiges Strafgedinge vorausgeht, anderseits aus seiner Stellung zu dieser Strafabrede. Nur selten folgt es ihr unmittelbar nach; meistens schliesst es der bereits erwähnten Festigungsklausel an; es heisst üblicherweise «sed haec praesens epistola (traditio) omni tempore firma et stabilis permaneat cum stipulatione subnixa» und nicht «auri uncias VI, argenti pondera illior coactus persolvat cum stipulatione subnixa.»[440])

c) Damit dürfte die Existenz eines Festigungsgelöbnisses ausser Frage gestellt worden sein; es dürfte sich aber auch ergeben haben, in welcher Gestalt man es sich vorzustellen hat. Es ist nicht als inhaltlich fest umrissenes Gelöbnis zu begreifen, sondern als generelle Festigungserklärung, welche die verschiedensten Tatbestände umfassen konnte, die je nach Bedürfnis im Einzelfall herausgestrichen wurden.

In seiner allgemeinsten Form musste es das Versprechen umfasst haben, das Rechtsgeschäft und die dadurch begründeten Rechtsverhältnisse stets anerkennen zu wollen.[441]) In concreto ergab sich hieraus vor allen Dingen die bedeutungsvolle Pflicht, bei Anfechtungen Dritter den Erwerber vor dem Verdachte des Diebstahls zu schützen (d. h. vor Gericht sich zum Geschäfte zu bekennen), und notfalls den Besitz des Erwerbers im Prozesse auch zu verteidigen.

Diese wichtigste Konsequenz des Festigungsgelöbnisses, die Währschaftspflicht, findet sich in den frühmittelalterlichen Urkunden nur selten ausdrücklich erwähnt. Als einzige Beispiele können — soweit ich zu sehen vermag — nur die von Merk angeführte langobardische Urkunde von 795[442]) sowie eine von Robert Durrer entdeckte Urkunde aus Churraetien[443]) angeführt werden. Ob mittelbar die sog. Währschaftsbürgen[444]) da-

[439]) Freundt: Wertpapierrecht I S. 211 ff. Merk: a. a. O. S. 152 ff. Mayer-Edenhauser: a. a. O. S. 89. Planitz: Konstitutivakt S. 195

[440]) Vgl. die Urkundenangaben in Anm. 438

[442]) Monumenta historiae patriae 13. Bd., 1873, S. 126, No. 68 (Bei Merk a. a. O. S. 155)

[443]) Publiziert in der Festgabe für Gerold Meyer v. Knonau 1913, S. 17 von Rob. Durrer. Die Urk. ist spätestens in der Frühzeit des 9. Jhd. errichtet worden. Vgl. a. a. O. S. 34: « . . . et sic statuit coram testibus, ut ab omni homine defensatum sit et si aliquis exinde minuare uoluerit si ipsa terrola defendere non potuerit de suo proprio illi restituat qui eum compellet . . . »

[444]) Vgl. Gierke: Schuld und Haftung S. 311 f. Gillis: Gewährschaftszug und Laudatio auctoris S. 14. Ernst Mayer: Einkleidung S. 36 f.

rauf hinweisen, ist ungewiss. In allen Fällen, in denen Bürgen das Festigungsgelöbnis verstärken, kommen diesen jedenfalls noch andere Aufgaben zu: Einerseits die Garantie, dass der Veräusserer den Erwerber in seinem Besitzstande nicht — oder nicht mehr — stören werde,[445]) anderseits die Gewährleistung der Investitur.[446])

Ueberall dort, wo das Festigungsgelöbnis vor Vollzug der Verfügung abgegeben wurde, bezog es sich überdies (wie sich von selbst versteht) auch auf die Vornahme der noch ausstehenden Rechtshandlungen. Dass bei der Abgabe der Festigungserklärung keineswegs zuletzt an diese Pflichten des Veräusserers gedacht wurde, zeigen die bereits cit. Fuldaer Formeln Asger's.

In späterer Zeit wurde das — für gewöhnlich nur in genereller Form abgegebene — Festigungsgelöbnis präziser gefasst,[447]) sodass seine manigfaltigen Inhalte besser zum Vorschein gelangten. Da hiezu auch ausgesprochen römisch-rechtliche Wendungen herangezogen wurden[448]) kann es keine Frage sein, dass diese Entwicklung mit der römisch-rechtlichen Schulung der Schreiber im Zusammenhang steht. Das Hauptgewicht wurde dabei auf die Währschaftspflicht gelegt. Weniger häufig sind die Erklärungen, dass der Veräusserer weder den Besitz des Erwerbers je stören wolle (Nicht-Störklausel), noch das Geschäft anfechten werde und dass er — falls er hiezu einen rechtlichen Grund besässe — zum voraus hierauf verzichte (Einredeverzicht).[449]) Ein Investiturgedinge findet sich begreiflicherweise nicht mehr, sind doch zu jener Zeit Sala und sym-

---

[445]) Redon: No. 180 a. 840/46: «ipse M. dedit IIII fideiussores in securitatem supradicte terre, neque per suos filios post se, illos (die Kläger) inquietet de illa terra». Dazu No. 29 a. 868, 32 a. 857, 215 a. 860, 216 a. 861, 58 a. 863, 71 a. 853/64. In derselben Bedeutung muss der Bürge auch in No. 82 a. 865 u. 38 a. 858 herangezogen worden sein, handelt doch der Uebertragungsakt auf dem Grundstück selbst. No. 82: «dederunt ... vendentes ... sive donantes totam possessionem suam ... et dederunt fideiussores ... Factum est hoc super ipsam terram.» In allgemeiner Form ist die Stärkungsfunktion des Bürgen in Gorze 120 a. 991 umschrieben: «ut hoc firmum sit, placuit fidejussores adhibere.»

[446]) Oben S. 31 f.

[447]) Konrad Beyerle: Kölner Schreinswesen, S. 460 ff. Wolfgang Schmidt: Auflassung im Mittelalter nach niederrheinischen Rechtsquellen. 1932, S. 32 ff. Vgl. auch die Beispiele bei Merk: a. a. O. S. 154 Anm. 1 sowie seine Darlegungen in ZRG 56 S. 29 ff. (Grundstücksübertragung in Meersburg am Bodensee II)

[448]) Hiezu die eingehenden Ausführungen Mayer-Edenhauser's a. a. O. S. 89 f. Er hält den Einredenverzicht, die Nichtstör- und die Währschaftsklausel sowie die Strafklausel auseinander.

[449]) Vgl. hiezu Mayer-Edenhauser: a. a. O.

bolische Investitur schon längst miteinander verbunden gewesen.

Wenn Merk [450]) von einer «geradlinigen Entwicklung» des volksrechtlichen firmitatem facere per cartam zum Währschaftsversprechen und zur Währschaftsleistung spricht, kann ihm demnach nur modifiziert beigepflichtet werden. Richtig ist, dass sich hinter dem firmitatem facere per cartam ein Festigungsgelöbnis versteckt hält, auf welches das spätere Währschaftsgedinge zurückgeht. Unzutreffend ist es aber, wenn man die Altarhandlung nur als die Form dieses Gelöbnisses auffasst [451]) oder gar als dessen Ausgangspunkt bezeichnet. Denn im Altarakte waren verschiedene stätigende Elemente vereinigt; gleichzeitig mit dem Festigungsgelöbnis wurde ja auch eine iteratio vorgenommen sowie eine Urkunde übergeben. Die Ausdrucksweise der Volksrechte (firmare per cartam) lässt sogar erkennen, dass das Festigungsgelöbnis nicht einmal im Vordergrund gestanden hatte. Aus dessen Nichtbeachtung im Gesetzestext ergibt sich anderseits aber auch, dass es für das germanische Rechtsleben nichts Ungewohntes dargestellt hatte, d. h. dass das Festigungsgelöbnis den Germanen bereits vor der Einführung des Altaraktes bekannt gewesen war.

Wenn Merk des weiteren erklärt, das Festigungsgelöbnis sei durch Strafklauseln gesichert worden, ist ihm voll und ganz zuzustimmen; soweit er aber die Strafklauseln als eigentlichen Kern des «firmitatem facere per cartam» auffasst, [452]) kann ihm dagegen nicht gefolgt werden. Strafklauseln und vornehmlich Verwünschungsformeln hat es bereits vor Einführung der Urkunde gegeben, stellten sie doch in jungen Rechtsgemeinschaften das wesentlichste persönliche Obligierungsmittel dar; sie mussten deshalb mit dem Festigungsgelöbnis schon verschmolzen gewesen sein, bevor es zum «firmare per cartam» gekommen war. Die römische Strafklauseln der Urkunden sind mit dem Urkundenformular übernommen worden und bildeten einzig den urkundlichen Ausdruck einer schon längst bestehenden germanischen Einrichtung.

Der Ursprung des in den späteren Urkunden allgemein verbreiteten Währschaftsgelöbnisses ist demnach in einem generellen Festigungsgelübde zu erblicken, einem Festigungsgelübde, das seit jeher bei Liegenschaftsgeschäften abgegeben und mit Straf- und Verwünschungsdrohungen gesichert worden war. Das spätere Währschaftsgedinge ist mit ihm nicht identisch, es ist aber in ihm enthalten gewesen.

[450]) Merk: Grundstücksübertragung nach alam. Volksrecht, S. 167

[451]) Merk: a. a. O.

[452]) a. a. O. S. 158

Normalerweise dürfte das Festigungsgelöbnis beim exitus geleistet worden sein. Bei kirchlichen Vergabungen pflegte man es indessen anlässlich eines besonderen kirchlichen Stätigungsaktes, der Altarhandlung, abzugeben. Seine gelegentliche Verstärkung durch Bürgschaftswette zeigt, dass es rechtlich ein selbständiges Gedinge darstellte.[453]) Seine kirchliche Form, die Altarhandlung, legt dabei die Annahme nahe, dass es als Treugelöbnis in Erscheinung getreten ist, bildete doch hier wie dort die Anrufung höherer Mächte den Kern der Handlung. Das Bild, das die ausführlichen späteren Urkunden bieten,[454]) bestätigt jedenfalls diese Vermutung aufs beste.

3. Die Bedeutung der firmatio.

Das firmare hat sich somit als Ausdruck von allgemeinster Bedeutung erwiesen, sodass jeder Versuch, ihm generell einen engeren Sinngehalt beilegen zu wollen, fehl geht. Als Einziges lässt sich sagen, dass damit auf eine Bekräftigung hingewiesen wird; fehlen nähere Angaben, kann nicht ermittelt werden, worin man in concreto diese Bekräftigung erblickt hatte. Ob unter dem «firmiter tradere» eine Sala mit anschliessender Investitur verstanden wurde, wie Gillis meint,[455]) ist völlig ungewiss. Das «firmiter investire» steht einer solchen Deutung unmittelbar entgegen. Das «firmiter» dürfte in den meisten Fällen bloss auf die rechtmässige und formgerechte Vornahme einer Handlung hingewiesen haben,[456]) wie die Wendung «firmiter firmare» zu erkennen gibt.[457]) Von hieraus hat man auch die «firma emtio» oder «firma traditio» (die stäte Gabe) zu betrachten, denn dass mit diesen Wendungen an irgend eine firmatio gedacht wurde, ist völlig unwahrscheinlich.

Die Bedeutung der verschiedenen Firmationsformen zu unterschätzen und sie als blosse Zutaten einer umständlichen Zeit

---

[453]) Konrad Beyerle: Kölner Schreinswesen S. 476. Wolfg. Schmidt: a. a. O. S. 33; Conrad a. a. O. S. 122 f. Beispiele in Anm. 445. Dazu: Bitterauf: 227 a. 806 «Et spoponderunt (die abgewiesenen Kläger) quod hanc hereditatem amplius querere non debuissent nec umquam hoc movere praesumerent nec U. clericum amplius inquietare et dederunt wadium confirmationis et fideiussor inde est K.» Ebenso No. 351 a. 815

[454]) Vgl. oben Anm. 423. Dazu: Cart. de Port-Royal I. Bd. Paris 1903 No. 2 a. 1204: «Ego .... concessi et quitavi .... et inde me devestivi .... et fidem interposui me servaturum hoc in perpetuum et garantiam daturum». No. 16 a. 1213: «promisit legitimam guarandiam ... fide corporaliter prestita, et fidejussoribus interpositis.»

[455]) Gillis: a. a. O. S. 8 Anm. 2

[456]) Darauf weisen auch seine Synonyma: man vgl. «firmiter vestivit» (Bitterauf: 591 a. 830) und «plene atque perfecte vestiret» (Bitterauf: 400 b a. 819)

[457]) Vgl. die Beispiele bei Gillis S. 9 Anmerkung

zu werten, wäre falsch. Sie sind aus einer Rechtssituation heraus zu verstehen, in der die Rechtsverwirklichung in ganz anderem Masse als heute vom guten Willen der Beteiligten abhing. Das Kräfteverhältnis zwischen dem Zwangsapparat, der hinter den Gerichten stand, und den Rechtsgenossen, gegen die er sich richtete, war ja ursprünglich schwankend und hing weitgehend von den persönlichen Mitteln des jeweiligen Gerichtsherrn ab.

Darüber hinaus war der Prozessgang weitaus beschwerlicher als heute; das Gericht stellte nicht eine Rechtsschutzinstitution dar, über die man mühelos verfügen konnte. Das Kampfmoment stand noch völlig im Vordergrund, und da von Fürsprechern keine Rede war, hatten die Beteiligten den zeitraubenden und risikoreichen Streit voll und ganz persönlich auszufechten.

Indem somit bei einem Vertragsbruche dem Geschädigten einerseits die — im Verhältnis zu heute weit grösseren — Mühseligkeiten eines schleppenden Prozessverfahrens bevorstanden, anderseits vielfach nur geringe Aussicht auf Verwirklichung des Urteilsspruches vorlag, war man in besonderem Masse auf die Vertragstreue des Gegenkontrahenten angewiesen. Von hier aus hat man die Bekräftigungshandlungen zu verstehen, die nichts anderes als eine zusätzliche persönliche Bindung bezweckten. [458])

§ 16. Die Bedeutung der Urkunde.

Aus den vorausgegangenen Ausführungen hat sich ergeben, dass sich eine dispositive traditio cartae im römischen und germanischen Recht nicht nachweisen lässt. Anderseits ist aber die Existenz einer förmlichen Urkundenbegebung im germanischen Rechte — anders als im römischen — unbestreitbar; die Urkunde wurde dabei als Symbol verwendet, sodass ihre rechtliche Funktion dieselbe war wie diejenige der festuca oder sonst eines Personalzeichens: Sie war Perfektionsmittel, mit dessen Hingabe die bloss obligatorische Wirkungen zeitigende Sala abgeschlossen wurde.

Verwirrend ist auf germanischem Boden das Urkundenformular, dessen dispositive Wendungen den Gedanken an eine dispositive Konzeption der Urkundenbegebung nahegelegen und zwar umsomehr, als sie dem Adressaten oft ausdrücklich jede beliebige Verfügungsgewalt zugestehen. Indessen hat man sich vor Augen zu halten, dass das Urkunden-

[458]) Mittelst der Garantiegeschäfte, Wette u. Bürgschaft, konnte darüber hinaus noch eine materielle Sicherheit geschaffen werden.

formular aus dem römischen Urkundenwesen übernommen wurde und deshalb in keiner Weise einen Beleg für die germanischen Rechtsvorgänge darzustellen vermag. Einzig seine Abweichungen und Durchbrechungen lassen die eigentlichen Rechtszustände erkennen. Abgesehen von ihrer Verwendung als Perfektionsmittel kam folglich der Urkunde nur beweisrechtliche Bedeutung zu.

Allerdings scheint sich gerade im Zusammenhang mit ihrer Heranziehung im Prozess ihre angeblich dispositive Kraft zu bestätigen. Denn obschon die Urkunde nur selten den Verfügungsakt, die Investitur, bezeugt und zumeist ausschliesslich von der Sala handelt, bildet sie jeweils den Mittelpunkt im Liegenschaftsprozess: Das Beweisverfahren spielt sich um die Echtheit der Urkunde ab, und nur wenig ist von der Investitur die Rede. Man könnte von hier aus argumentieren, dass es deshalb genügte, im Prozesse die Echtheit der Urkunde nachzuweisen, weil die traditio cartae eine symbolische Investitur gewesen war. [459])

Diese Schlussfolgerung geht indessen fehl, denn sie übersieht, dass dem germanischen Liegenschaftsprozess ein ganz anderes Beweisthema zu Grunde gelegen hatte, als es nach moderner Auffassung zu erwarten ist: Nicht den dispositiven Akt galt es nachzuweisen, sondern den redlichen Erwerb. Die Klage um Gut war eine Diebstahlsklage und hatte die Ermittlung des Diebes zum Ziele. [460]) Wer wegen einer Liegenschaft vor Gericht gezogen wurde, musste sich demgemäss vom Diebstahlsverdacht befreien, was (in der Regel) durch das Zeugnis des Rechtsvorgängers geschah. Weitgehend vermochte nun aber die subjektiv gefasste Urkunde die Gegenwart des Gewährsmannes zu ersetzen: Der Verkäufer trat ja redend in ihr in Erscheinung und gab in aller Breite seinen Uebertragungswillen kund, wodurch der redliche Erwerb des Beklagten ebenfalls ausser Frage gestellt wurde. Und so lautet denn auch die charakteristische Antwort des Beklagten: «non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo.» (Lex Rib. 59,8).

Da der Beklagte gemäss dem germanischen Prozessrechte stets die Gewere des strittigen Gutes innehatte, erübrigte es sich, über die Investitur noch Nachforschungen zu erheben. Ihre Vornahme wurde als selbstverständlich betrachtet, sobald der abgeleitete Erwerb des Beklagten feststand.

Anders stellte sich das Beweisthema, wenn der Erwerb eines Nichtbesitzers in Frage stand: Dort reichte der Nachweis der Sala nicht mehr aus, fehlte doch ein Rechts-

---

[459]) Haiss: a. a. O. S. 63

[460]) Hübner: Immobiliarprozess S. 34 ff., 161 f.

schein, der über die Vornahme der Investitur keine Zweifel offen liess. Die Zeugen hatten sich demgemäss auch über die Investitur auszusprechen.[461])

Von hier aus begreift es sich auch, weshalb der Bedachte, der gemäss der alten Affatomie bestellt worden war, nicht nur die Sala, sondern auch die Investitur seines Vorgängers und früheren Besitzers, des Salmannes, aufzeigen musste, währenddem sein eigener redlicher Erwerb mit dem Nachweis der Sala und dem offenkundigen Besitz zur Genüge dargetan war.[462])

Der Beweiswert der Urkunde war gering, was ebenfalls im Gegensatz zu ihrer angeblichen dispositiven Kraft steht. Er stimmt vollständig mit demjenigen der festuca oder eines andern Personalzeichens überein, was in eindrücklicher Weise die rechtliche Gleichsetzung von Urkunde und festuca bestätigt. Denn wie die festuca stellte auch die Urkunde kein selbständiges Beweismittel dar.[463]) Einfache Urkundenschelte genügte, um den Urkundenproduzenten zu nötigen, mit Zeugen den Beweis zu führen. Eine Ausnahme machten einzig die Königsurkunden, denen bekanntlich bei Androhung der Todesstrafe nicht widersprochen werden durfte. Diese Unscheltbarkeit der Königsurkunden stand aber nicht mit der allgemeinen Rechtsnatur der Urkunde in Zusammenhang, sondern gründete im königlichen Willen, der in diesen Urkunden festgehalten wurde. Ebenso musste des Todes gewesen sein, wer einen königlichen Befehl missachtete, der durch Boten verbreitet wurde.[464]) Auch den Beweisvorzug hat der Urkundeninhaber gegenüber dem Besitzer anderer Beweismittel nicht voraus.[465]) Den Beweisvortritt besass jeder, der über objektive Beweismittel[466]) verfügte, d. h. über Zeugen, über eine Urkunde oder ein Personalzeichen.

---

[461]) Wartmann II Anhang B, No. 18: (a. 816 836) «Tunc ipsi testes (der klagenden Mönche von St. Gallen) cum juramento et fide data testificati sunt, quod verum esse scirent, A. easdem res ad sanctum Gallum tradidisse eosdemque monachos legaliter consedisse et in eadem vestitura per XX annos temporibus Caroli regis sub censu ad partes ejusdem monasterii asspicere sicque post mortem A. iterum legaliter eosdem monachos consedisse usquedum ejus soror R. et filius H. eorumque potestas de vestitura sancti Galli per vim rapuissent.» Bitterauf: 401 a a. 818, 437 a. 820

[462]) a. A. Haiss: a. a. O. S. 52

[463]) Brunner-Schwerin: DRG II 2. A. S. 560 ff. Vgl. hiezu auch Merk: a. a. O. S .149 ff.

[464]) Wie die Urkunde wurde auch der Bote mit Königszeichen versehen. Hinsichtlich der Strafe bei Missachtung des Herzogszeichens vgl. Lex Alam. tit. 28, 1: (12-Schillingbusse)

[465]) Brunner-Schwerin: a. a. O. S. 499 Anm. 5

[466]) Im Gegensatz zum subjektiven Beweismittel des Eides

Allerdings kann von Ansätzen zur Umwandlung der Urkunde in ein selbständiges Beweismittel gesprochen werden.[467]) Die Voraussetzung hiezu ist in den beschränkten Möglichkeiten der Urkundenerrichtung zu erblicken. Einzig unter den Priestern fanden sich ja Schreibkundige, die den Laien als öffentliche Schreiber in den Gerichten zur Verfügung standen. Parteiurkunden konnten nur geistliche Anstalten oder der König, der eine eigene Kanzlei besass, aufsetzen. Da der öffentlichen Urkundenerrichtung stets eine rechtsgeschäftliche Handlung vorausging (meist eine iteratio), machte bei Laienurkunden allein schon die Existenz der Urkunde die Richtigkeit der in ihr enthaltenen Aussage wahrscheinlich. Sobald indessen von den Schreibern der Schein der Urkunde ausgenützt wurde und man versuchte, durch Fälschungen den Besitzstand der Kirche zu vermehren, schwanden mit dem Vertrauen in die Urkunde auch die Ansätze ihrer Umwandlung zu einem selbständigen Beweismittel dahin. Die Urkunde geriet in der Folge dermassen in Misskredit, dass auf ihre Heranziehung zum Beweisverfahren mehr und mehr verzichtet wurde, und die Personalzeichen wieder in den Vordergrund traten.[468]) Im Frühmittelalter kam der Urkunde freilich noch grösste Glaubwür-

[467]) Bresslau: Urkundenlehre I 651 ff.

[468]) Bezeichnend hiefür ist, dass seit dem 11. Jhd. die wadia vermehrt ausdrücklich als Beweismittel bezeichnet wird. (Vgl. Bresslau I S. 653 f., 659) Neben der bekannten Urkunde Konrad II. von 1029 (MGH Dipl. Bd. IV No. 139) auf die bereits Bresslau (a. a. O. S. 72) und Oppikofer (a. a. O. S. 57) in diesem Zusammenhange hingewiesen haben, seien noch erwähnt: Cart. de Vendôme I 276 a. 1078/9 «In signum autem et memoriam concessionis fecit H. donum hujus ductus per cultellum unum plicatum, super altare ... positum ...» No. 294 a. 1080 «In cujus facti memoriam etiam quatuor denarios de capitagio meo, sicut mos saecularis est talibus facere, super altare ... imponens, funem quoque signi collo meo devote circumplicans, cartulam istam scribi in testimonio postulavi ....» Cart. de St. Aubin d'Angers Bd. II No. 571 a. 1191/1220 «Ipse vero G. de sepedicto feodo ... abbatem saisivit cum quadam virgula, eamque in testimonium super ... altare ... deposuit, et, ad majorem cautelam, quia sigillo carebat, cartulam istam sigillo domini H. fecit corroborari». (Infolge der Verwendung des Siegels hat die Urkunde bereits wieder erheblich an Bedeutung zugenommen). Cart. de St. Aubin d'Angers Bd. I No. 392 (nicht datiert) «Ad hujus igitur doni testimonium, quandam virgulam in manum Stephani, tunc prioris de claustro, qui capitulum tenebat, deponens, eandam super altare dominicum manu propria deportavit.» Von hier aus gesehen ist es völlig klar, was der Richter in Conques 18 a. 1013 gemeint hatte, als er den Kläger fragte: «Si abent cartam aut ullum indicium veritatis de hanc causa interpellationis» (Grundstücksstreit). Vgl. auch Bresslau I S. 653 f. 659

digkeit zu und vermochte deshalb zumeist auch eine Umkehrung der Beweisverteilung herbeizuführen.[469])

Wenn man die Urkunde in besonderer Weise herausstrich und selbst bei retrospektiven Schilderungen des Liegenschaftsgeschäfts von einem «tradidit per cartam» sprach, dann lässt sich dies nicht mit ihrer (geringen) beweisrechtlichen Bedeutung erklären. Auch die festuca führte ja zu einer Umkehrung der Beweisverteilung, aber ihre Verwendung wird nicht annähernd so häufig erwähnt, wie diejenige der Urkunde.

Merk[470]) sieht deshalb die Bedeutung der Urkunde vornehmlich in ihren Strafklauseln. Ein derartiger Zusammenhang setzt aber voraus, dass die Strafabreden an die Urkunden gebunden waren und somit erst mit Einführung des Urkundenwesens im germanischen Rechtsleben in Erscheinung traten. Wie schon früher bemerkt worden ist,[471]) stellten aber diese Bussformeln für das germanische Recht nichts grundsätzlich Neues dar. Abgesehen davon hat man sich noch folgendes vor Augen zu halten:

Aktuell wurden die Poenklauseln nur bei prozessualen Anfechtungen des Besitzes oder bei prozessualer Rückweisung eines Besitzstörers oder Entwerers, m. a. W. ihre Realisierung hatte stets ein gerichtliches Verfahren zur Voraussetzung. Da aber jede vor Gericht unterlegene Partei schon von Gesetzes wegen eine Busse entrichten musste, konnte der Bussabrede höchstens für die Bestimmung des Bussansatzes Bedeutung zugekommen sein. Es ergibt sich somit, dass das Bussgelöbnis, selbst wenn es tatsächlich mit dem Auftreten der Urkunde in Zusammenhang stehen würde, keine grundsätzliche Neuerung und keine wesentliche zusätzliche Sicherung bedeutet haben konnte.

Das Ansehen der Urkunde als eines der wichtigsten Festigungsmittel des Frühmittelalters muss deshalb — nachdem ihren rechtlichen Eigenschaften und Auswirkungen kein grosses Gewicht zugekommen war — auf ausserrechtliche Momente

[469]) Auf die grössere Glaubwürdigkeit der objektiven Beweismittel ist es ja bekanntlich zurückzuführen, wenn gelegentlich nicht der Beklagte, sondern der über ein derartiges Beweismittel verfügende Kläger zum Beweis gelangte (Brunner/Schwerin S. 499). Soweit darüberhinaus angenommen wird, dass auch dort, wo keine objektiven Beweismittel vorgelegt wurden, die Verteilung des Beweisrechtes durch dieses Prinzip der grösseren Wahrscheinlichkeit regiert wurde (Mayer-Homberg: Beweis u. Wahrscheinlichkeit nach älterem dtsch. Recht, Marburg, 1921; Brunner/Schwerin: DRG II s. 498) vergleiche die grundsätzlichen Einwendungen von Stutz: ZRG 49 S. 1 ff.

[470]) Merk: a. a. O. S. 151 ff.

[471]) Oben S. 141 f.; S. 148

zurückgeführt werden. Einerseits kommen hiefür mehr sachliche, anderseits mehr psychologische Kriterien in Betracht.

Der Nymbus des Geheimnisvollen, der mit allem Fremdartigen und Unverständlichen zu jener Zeit verbunden war, umlagerte auch die Urkunde.[472]) Der Analphabetismus der Germanen, die fremdländische und unverständliche Sprache, die aus ihr redete, sowie die feierlichen Handlungen, die mit ihrer Errichtung verbunden waren, die levatio cartae, die manufirmatio und die Altarlegung, das alles musste einem geistergläubigen Menschen die Urkunde als einen von Zaubermächten umwitterten Gegenstand erscheinen lassen.

Der sachliche Vorteil der Urkunde lag darin, dass sie unverrückbar für alle Zeiten den Inhalt des Geschäftes sowie die Namen der Zeugen festhielt. Die festuca — deren Stelle sie zu vertreten hatte — gab dagegen einzig Auskunft über die Person des Gegenkontrahenten; mit ihrer Vorlage konnte man bloss wahrscheinlich machen, dass derjenige, dem das Personalzeichen gehörte, mit demjenigen, der es vorwies, in irgend welche geschäftliche Beziehung getreten war. Ueber Inhalt und Gegenstand dieses Geschäftes sprach sie sich nicht aus. Beides musste durch den Beweisführenden und die Zeugen noch dargetan werden. Allerdings wirkte die Urkunde nicht für sich allein beweisend; sie war ebenso wie die festuca ein unselbständiges Beweismittel; indessen stellte sie als Gedächtnisstütze für die am Geschäft beteiligten Personen (insbesondere für die Zeugen) doch eine gewaltige Hilfe dar, die zuverlässiger war und länger lebte als das Gedächtnis eines Menschen. Aber auch auf das Gericht übte es einen weitaus nachhaltigeren Eindruck aus, wenn mit dem Verlesen und Uebersetzen der Urkunde der Aussteller persönlich sprechend in Erscheinung trat, als wenn das Geschäft bloss durch den Mund einer P a r t e i geschildert wurde.

---

[472]) Herbert Meyer: Recht und Volkstum S. 16

ZUSAMMENFASSUNG

Als wichtigstes Ergebnis dieser Arbeit ist festzuhalten, dass die herrschende Qualifizierung der Bestandteile des altdeutschen Liegenschaftsübereignungsgeschäftes, von Sala und Investitur, nicht aufrecht zu halten ist. Sie widerspricht von Grund auf dem germanischen Rechtsdenken. Nicht ein vom Grundstück unabhängiger Rechtsakt — nicht die Sala — hatte das Schwergewicht der Uebereignungshandlung gebildet sondern die in feierlicher und förmlicher Weise vorgenommene reale Sachübertragung, die Investitur. Die Sala besass nur obligatorische Bedeutung, dinglicher Verfügungsakt war die Investitur.

Zu diesem Ergebnis gelangte man auf doppeltem Wege: Wesentliche Erkenntnis vermittelte eine vom germanischen Rechtsdenken her bestimmte Betrachtungsweise, d. h. eine Betrachtungsweise, die auf der unbestrittenen Tatsache gründet, dass die Germanen abstrakte Vorgänge nur bei sinnfälliger Darstellung zu erfassen vermochten. Es liess sich dabei quellenmässig aufzeigen, dass selbst dem Rechtsleben des 9. Jhd. eine von der Sache losgelöste abstrakte Erfassung des dinglichen Rechtes noch fremd gewesen war, und dass somit — entgegen der Lehre — in der Frühzeit eine von der realen Sachübergabe unabhängige Eigentumsübertragung nicht bestanden haben konnte.

Eine eingehende Beleuchtung der S a l a ergab eine Bestätigung dieses Hauptergebnisses. Es zeigte sich, dass sowohl der Symbolismus der Sala wie auch die Formulierungen, welche ihr mehrheitlich in den Urkunden gegeben wurden, auf ihren obligatorischen Charakter hindeuten. Vollends ausser Frage gestellt wurde derselbe durch den Nachweis der Unvererblichkeit der Investiturschuld.

Die abschliessende Bestätigung des Hauptergebnisses vermittelte die Betrachtung der Lösung des Liegenschaftsgeschäftes vom Grundstück. Man hatte sich dabei mit der Lehre von der symbolischen Investitur und der traditio bzw. investitura per cartam auseinanderzusetzen, was zunächst zu einer Ergänzung der Lehre von der symbolischen Investitur führte.

Die symbolische Investitur war der realen genau nachgebildet und erschöpfte sich keineswegs in der (bloss negativen) Auflassung. In ihrem Mittelpunkt stand eine symbolische U e b e r g a b e h a n d l u n g.

Ihren Ausgang hatte die symbolische Investitur nicht im prozessualen sondern im ausserprozessualen Liegenschaftsge-

schäft genommen. Zudem vermochte sie die reale Investitur nicht voll zu ersetzen. Sie bewirkte keinen absoluten sondern nur einen relativen — d. h. nur gegenüber dem Veräusserer wirksamen — Rechtsübergang; zum absoluten Rechtserwerb war immer noch die reale Sachübergabe notwendig.

Hinsichtlich der Entstehungszeit der symbolischen Investitur ist entgegen der herrschenden Meinung an der Auffassung Sohms festzuhalten: Sie ist in die erste Hälfte des 9. Jhd., aber nicht vor 818/19 zu verlegen.

Die Lehre von der traditio bzw. investitura per cartam musste dagegen — insbesondere bezüglich des germanischen (einschliesslich des langobardischen) Rechtsgebietes — abgelehnt werden. Die scheinbar wesentlichste Stütze dieser Lehre — die Niederlegung der Urkunde auf den Altar der beschenkten Kirche — liess sich im Anschlusse an Merk als Stätigungshandlung (nicht etwa als dispositive traditio cartae) nachweisen.

*

Wesentliche Voraussetzung für die eingehende Beleuchtung der Sala bildete die Behandlung der Frage nach der ursprünglichsten Gestalt des Liegenschaftsgeschäftes. Sie wurde dieser Arbeit an die Spitze gestellt, wobei sich wahrscheinlich machen liess, dass entgegen der allgemeinen Ansicht das Liegenschaftsgeschäft anfänglich nicht in einem blossen Grundstückakte bestanden hatte, sondern seit jeher örtlich zweigeteilt gewesen war. Seinen entwicklungsgeschichtlichen Ausgangspunkt dürfte die (zweigeteilte) Erbvergabung gebildet haben, welche das erste Liegenschaftsveräusserungsgeschäft überhaupt dargestellt hatte.

*

Im Zusammenhang mit dem Problem von Sala und Investitur kam es zur Auseinandersetzung mit teilweise umstrittenen, teilweise gefestigten Nebenfragen. So führten die Darlegungen über die Unvererblichkeit der Investiturschuld zu einem Exkurs in das altdeutsche Vergabungsrecht, wobei ich ebenfalls zu einer von der herrschenden Meinung abweichenden Darstellung gelangte. Es wurde gezeigt, dass die Zwei- bzw. Dreiteilung der Vergabungsformen in donationes post obitum einerseits und donationes reservato usufructu und Schenkungen mit Rückverleihung anderseits, sich nicht aufrecht erhalten lässt. In Tat und Wahrheit kannte das deutsche Recht nur e i n e Vergabungsform: die Vergabung mit Rückverleihung (auch Vergabung mit Rückgewähr genannt).

*

Des weitern war es möglich, den Stätigungscharakter der (angeblich dispositiven) Altarhandlung genauer zu bestimmen:

Sie umfasste — neben einem Festigungsgelöbnis — die Wiederholung der Sala gegenüber dem bedachten Altarheiligen.

Im Anschlusse an die Erörterung der Altarhandlung wurde zudem der Versuch unternommen, den Sinngehalt des Ausdrucks «firmare» — dessen Vieldeutigkeit gelegentlich übersehen wird — klarzustellen, wobei sich auch die Gelegenheit ergab, auf die umstrittene Wendung «cum stipulatione subnixa» einzugehen. Es liess sich aufzeigen, dass die Formel «cum stipulatione subnixa» auf die Abgabe eines Festigungsgelöbnisses bezug nimmt, das sowohl die Urkunde als auch das Rechtsgeschäft umfasst hatte, und das vom Gelobenden unter Anfassen der Urkunde abgegeben wurde.

*

Abschliessend konnte festgestellt werden, dass das unbestreitbar grosse Ansehen, welches die Urkunde im mittelalterlichen Rechtsleben besass, weder in ihrer (angeblichen) Bedeutung als Rechtsgeschäftspapier noch in derjenigen als Beweismittel begründet lag sondern auf ausserrechtliche Momente zurückzuführen sein dürfte.

LEBENSLAUF

Ich bin am 3. Juni 1923 als Bürger von Baden und Brugg in Baden im Aargau geboren, wo ich die Gemeinde- und Bezirksschule durchlief. Anschliessend besuchte ich das Realgymnasium der Kantonsschule Zürich und bestand im Sommer 1942 die Maturitätsprüfung. Nach längerem Militärdienst immatrikulierte ich mich im Wintersemester 1944/45 an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Winter 1945/46 studierte ich an der Universität Bern und im Sommer 1946 an der Sorbonne in Paris. Anschliessend kehrte ich an die Universität Zürich zurück, wo ich mein durch praktische Tätigkeit verschiedentlich unterbrochenes Studium am 12. Juli 1952 mit dem Doktorexamen abschloss.

Druck und Verlag Boner & Cie., Baden 1957